



Würzburger Vorträge
zur Rechtsphilosophie,
Rechtstheorie
und Rechtssoziologie

34

Joachim Rückert

**„Frei und sozial“
als Rechtsprinzip**



Nomos Verlag

Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie,
Rechtstheorie und Rechtssoziologie

Herausgegeben von Horst Dreier
und Dietmar Willoweit

Begründet von Hasso Hofmann, Ulrich Weber
und Edgar Michael Wenz †

Heft 34

Joachim Rückert

„Frei und sozial“ als Rechtsprinzip



Nomos

Vortrag gehalten am 1. Juli 2004

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 3-8329-1358-2010-2



1A 612042

1. Auflage 2006

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2006. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsübersicht

Prolegomena	6
I. Die Konzepte	9
1. Frei	9
2. Sozial	15
II. Siegeslauf, Wetterzeichen und Rettungsversuche	21
1. Siegeslauf	21
2. Wetterzeichen	25
3. Rettungsversuche	27
III. Prinzipielle Bilanz	29
1. Die kommunistische, real-sozialistische und völkische Lösung	30
2. Die radikal-liberale Lösung	31
3. Die staatssoziale und die emanzipatorische Lösung	32
4. Ein entscheidender Rechtsgedanke: der vierte Weg	39
5. Die Alternativen zum und die Grenzen im Freiheitskonzept	43
6. Das Problem der besonderen Gruppenfreiheiten	48
7. Der vierte Weg und die <i>happiness</i>	50
IV. Ergebnisse und Aussichten	52
Literatur	57

Frei und sozial, das geht doch nicht zusammen? Wieso *und*? „Freiheit statt Sozialismus“ propagierte vor gut 20 Jahren Franz Josef Strauß gegen Helmut Schmidt, um Bundeskanzler zu werden (1980). Er verlor, die Seiten wechselten, aber die Formel blieb. Heute kämpft man eher für *sozial* statt *liberal* und sehr gegen *neoliberal*. Man sieht sich damit auf der Seite von *gerecht* gegen *ungerecht*, und lieber noch heißt das Motto daher *sozial gerecht*. „Gerechtigkeit durch Freiheit“ variiert das gleiche Thema allerneuestens. Schon Strauß und Schmidt kämpften nicht als Philosophen, aber sie bedienten sich philosophischer Waffen – Philosophie der Freiheit hier, Philosophie der Gesellschaft dort, Sozialphilosophie auf beiden Seiten. Das Problem ist so heiß wie unerledigt und dies seit langem. Es erhitzt die Gemüter ebenso wie vor rund 250 Jahren, als der Philosoph und Menschenfreund *Jean Jaques Rousseau* die Freiheitsbotschaft besonders knapp und eingängig verkündete und europaweit begeisterte Leser fand. Seine Schrift *Contrat social* wurde sofort 1762 auf deutsch gedruckt – in Frankfurt übrigens; sie erlebte allein 1789-1799 zweiunddreißig Ausgaben (*Hauptwerke* 419, 424).

Es handelt sich um ein Jahrhundertproblem, genauer ein *Zwei-Jahrhunderte* -Problem. Denn gerade in und seit der bekannten „Sattelzeit“ auf dem Weg zur Moderne (*Koselleck* 1972, XV), also etwa um 1750 bis 1850, stellte man es sich neu und mit besonderer Energie. Und ganz neue, unerhörte praktische Schritte wurden getan. Mit „frei“ und „sozial“ konkurrieren zwei grundlegende normative Konzepte um die rechte Gestaltung von Politik, Recht und Staat. Als juristisches

* Die Einladung in den Würzburger Sommer von 2004 war ein schöner Anlaß, Überlegungen zu fixieren, die mir seit längerem wichtig geworden waren – dafür ein sehr herzlicher Dank! Der Text folgt weitgehend der Vortragsfassung. Nicht wenige aus Zeitgründen nicht vorgetragene Passagen und die unmittelbaren Belege sind freilich angefügt. Einige aktuell ergänzte Anspielungen sind leicht erkennbar. Auf manche ausführlichere Vorstudie muß ich bisweilen verweisen. Literaturnachweise finden sich am Ende.

Problem münden sie in besondere Härte. Denn unerbittlich folgen hier Gericht und Rechtszwang. Nicht nur die Sachen, auch die Gedanken stoßen sich hier härter im Raume. Es kommt „zum Schwur“ der Rechtsgenossen über die Aufnahme oder Abweisung von Konzepten und Umsetzungen. Die Kodifikationen und Verfassungsschwüre der Sattelzeit vollziehen und dokumentieren solche Eide, wie sie einst im 12./13. Jahrhundert die Stadtbürger und Schweizergenossen schworen.

Der Wettbewerb von *frei* und *sozial* ist inzwischen durch und durch polemisch vermint. Meist hält man beides für unvereinbar. Erst jüngst zeichnen sich in den philosophischen Debatten neue Aufmerksamkeit und Wandel ab. Intensive Sammlungen zu „Gleichheit oder Gerechtigkeit“ (2000) und „Freiheit, Gleichheit und Autonomie“ (2003) zeigen das. Ich möchte aus der härteren Perspektive des Rechts zeigen, daß die Prinzipien *frei* und *sozial* wohlvereinbar sind und gerade vereint ihren größten Wert entwickeln. Mein Zugriff wird auf zwei Beinen stehen: auf Philosophie und Geschichte. Ich werde den philosophischen Konzepten Hand in Hand mit den geschichtlichen Erfahrungen nachgehen. Auch die oft tränenreichen „Experimente“, so der glänzende, kritisch-philosophische Göttinger Jurist *Gustav Hugo* (1798, VI), der Menschen mit sich selbst in Revolutionen und Evolutionen müssen zu Wort kommen. Denn man kann aus diesen Geschichten lernen, wenn man nur will. Sie müssen dabei nicht zur bekannten bloßen „Beispielsammlung“ werden, weder auf die alte, noch auf die neue Weise. Sie werden nicht zum Exempel für als unwandelbar verstandene Probleme gemacht wie in der klassischen *historia magistra vitae* (Koselleck 1967), die dann der Historismus herabsetzte, noch geben sie nur beliebige Illustrationen ab wie heute nicht selten. Lernen schaut hin, analysiert und verknüpft plausibel.

Methodisch geht es damit um eine plausible Verknüpfung von *Anschauung* und *Begriff*, wie es Kant in der Vorrede der *Kritik der reinen Vernunft* populär ausdrückte (Kant 1787, B XIVf.). Rechtsgeschichtliche Anschauung und rechtsphilosophische Begrifflichkeit werde ich also in der Absicht verbinden, ein stimmiges Sollensprinzip zu begründen; nicht als Prinzip a priori; wohl aber als ein Prinzip, das sich entnehmen läßt aus einer Art „philosophischem Entwurf“, der den

'Winken' der Geschichte folgt. Das erscheint methodisch keineswegs überholt. Noch 1798 hatte der so unpositivistisch empiriekritische, aber zugleich so unrelativistisch hoffnungsvolle Kant in gebotener methodischer Vorsicht ein „Geschichtszeichen“ behauptet. Eine hoffnungsvolle „Tendenz des Menschengeschlechts“ entnahm er aus dem Erlebnis der allgemeinen „Teilnehmung ... [an „der Revolution eines geistreichen Volkes“], die nahe an Enthusiasm“ grenze. Denn das zeige eine „moralische Anlage im Menschengeschlecht“, zumal „deren Äußerung selbst mit Gefahr verbunden“ gewesen sei, so daß als „Ursache“ eben „keine andere als eine moralische Anlage im Menschengeschlecht“ angenommen werden dürfe (Kant 1798, A 144). Läßt sich die Geschichte von „frei und sozial“ so lesen?

Ein solcher Versuch verstößt nicht gegen sehr kritische erkenntnistheoretische Voraussetzungen. Auch Rechtsphilosophie muß weder bei Null beginnen, noch erfüllt sie sich erst in der Ewigkeit, noch ist sie täglich neu zu konstruieren. Man muß weder in Skeptizismus verfallen, noch juristischer Alltags-Positivist oder neuester Konstruktivist werden, noch sich als irgendwie ewigkeitssicherer Naturrechtler bekennen, um ein Sollensprinzip hinreichend gut begründen zu können. Es geht um etwas wie die „Arbeit der Jahrhunderte“, genauer um die Aussicht, diese Arbeit habe doch „einen festen Bestand herausgearbeitet, und in den sog. Erklärungen der Menschen- und Bürgerrechte mit so weitreichender Übereinstimmung gesammelt, daß in Hinsicht auf manches nur noch gewollte Skepsis einen Zweifel aufrechterhalten kann.“ So steht es in der fünften Minute von Radbruchs *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* vom September 1945 (GA III 78f.). Dazu wäre an anderer Stelle immer noch Neues zu sagen über erstaunlich zeitbedingte Legenden zu Positivismus, Naturrecht und Radbruch. Es soll also ein praktisch-philosophischer Blick geworfen werden auf die Arbeit der entscheidenden Jahrhunderte. Noch über Rousseau zurück werden es drei Jahrhunderte sein.

Denn das *moderne Freiheitsproblem*, also die prinzipielle Forderung nach Freiheit für jeden Menschen, als *angeborenes Recht*, beginnt ziemlich genau im Jahre 1647. Offenbar erstmals steht 1647 die provozierend deutliche Formel von den *native rights* in einer politisch-juristischen Erklärung, nämlich im ersten *Agreement of the People* der englischen Levellers unter Cromwell. Die holländischen Freiheitserklärungen von Dordrecht 1572 (Art. XIII) und Utrecht 1579 hatten die Religionsfreiheit noch konkret zurückhaltend geregelt. Die Levellers aber erklärten am 28.10.1647, „*These things we declare to be our native rights*“ – *native*, also *angeboren*, das war grundstürzend neu; inhaltlich hieß es: Religionsfreiheit, Kriegsdienstfreiheit, gleiches Recht, sicheres und wohltätiges Recht (s. *Agreement* 1647, Schlußformel).

Das moderne *Sozial-Problem* stellte sich in der Folge, als es immer dramatischer darauf ankam, die neuen allgemeinen Freiheiten prinzipiell rechtlich abzustimmen und zielkonform auszubauen. Zuvor waren sie feudal kanalisiert gewesen. Nun, als Freiheit für alle, mußten sie neu koordiniert werden, denn sonst waren sie sehr geeignet, sich selbst zu zerstören.

Ich werde zuerst den Konzepten nachgehen, ihrer Formation, ihrem Siegeslauf, den Wetterzeichen und Rettungsversuchen. Im zweiten Schritt bilanziere ich, was dieser Verlauf prinzipiell bedeutet.

I. Die Konzepte

Die Konzepte für *frei* und für *sozial* sind alt, die Stimmen Legion schon seit der Antike. Lassen Sie mich zuerst den Aspekt *frei*, dann den Aspekt *sozial* aus schon lange verwirrenden Polemiken befreien. Man muß sich die Originalstimmen ansehen.

1. *Frei*

So alt die Freiheitskonzepte sind, so hört doch der Historiker genau im Jahre 1762 einen *neuen Ton*, neu nach Inhalt und Leidenschaft:

„l'homme est né libre et partout il est dans les fers“ – „Der Mensch wird frei geboren und überall ist er in Ketten“ –

so ruft es *Jean Jaques Rousseau* 1762 herausfordernd den Regierungen zu, sofort im ersten Satz seines kleinen Buches *Contrat social*. Es trägt den juristischen Untertitel *ou principes du droit politique*, das heißt *oder Grundsätze des Staatsrechts* oder auch *des öffentlichen Rechts*. Dieser Satz stellte nicht nur ein *frei geboren* und *in Ketten* fest, er wendete dies auch kritisch gegen die *Ketten* wie: frei, aber in *Ketten*; und er öffnete eine Zukunft ohne *Ketten*. Ein allgemeines Freiheitsprogramm, weit über die Befreiung von religiöser und feudaler Bevormundung hinaus, lag darin: *frei geboren, frei bleiben*. Und Rousseau fragte sofort doppelt weiter, historisch und normativ:

„Comment ce changement s'est-il fait? Je l'ignore? Qu'est-ce qui peut le rendre légitime? Je crois pouvoir résoudre cette question.“ – „Wie hat sich dieser Wandel zugetragen? Ich weiß es nicht. Was ist es, das ihm Rechtmäßigkeit verleihen kann? Diese Frage glaube ich lösen zu können.“

Die normative Frage also will und kann er lösen. Nur einen Absatz benötigt er für das Ergebnis. Er antwortet: Die Rechtmäßigkeit verleihe *nicht* die bloß natürliche Gewalt, *la force et l'effet qui en dérive*, also ein Recht des Stärkeren; auch *nicht* die Natur, *la nature*, also das Recht gemäß einer göttlich oder vernünftig geordneten Natur; vielmehr *nur* das Recht der Verträge, der *conventions*, also das Recht frei sich vereinigender Individuen, das Recht des *contrat social*, wie er es dann ausführlich begründete. Das erschien von nun an so klar wie die Meinung, daß es solche Versklavungsverträge unter Freien gar nicht geben dürfe. Sich verschenken sei *une chose absurde et inconcevable*, eine Verrücktheit, die man nicht annehmen dürfe. Sich veräußern heiße, auf seine Freiheit zu verzichten, und damit auf seine Eigenschaft als Mensch, auf die Menschenrechte, die *droits de l'humanité*; das stehe im Widerspruch zur *nature de l'homme*, zur eigenen Natur, und mache den Vertrag nichtig (s. I 4: *De l'esclavage*). Mit diesem klaren Rechtsfolgeausspruch griff Rousseau auf das späte Naturrecht vor, während man bisher am Ende meist rechtlich unverbindlich geblieben war (*Klippel* 1976). We-

niger grundsätzlich hatte auch *Montesquieu* 1748 gegen Selbstversklavung argumentiert, da man seine *qualité de citoyen*, seine Bürgerschaft, nicht verkaufen könne (*De l'esprit des lois*, XV 11); Rousseau setzte viel schärfer die Natur als Mensch dagegen, die unveränderliche und angeborene, freie Menschennatur.

Rousseaus Bild hing als einziger Schmuck in Kants Arbeitszimmer. Kant war, wie er selbst später berichtete (*Prolegomena* 1783, A 13), von David Hume, dem großen englischen Zweifler aus dem *dogmatischen Schlummer* geweckt worden. Aber von Rousseau fühlte er sich praktisch-philosophisch „zurecht gebracht“, nämlich den „Menschen zu ehren“ und „die Rechte der Menschheit herzustellen“, wie er schon 1764/65 notiert hatte (s. *Recki* 1999, 59f.). 1785 brachte Kant das praktische Ziel der „Menschheit“ auf die berühmte Formel von der Zweckperson: Man dürfe die „Menschheit“ im Menschen nie bloß als Mittel, sondern immer nur zugleich als Zweck benutzen. Das war sein Gedanke in der *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* von 1785, die erste Formel des so genannten kategorischen Imperativs. Genau lautete sie:

„Handele so, daß du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest.“ (BA 66)

Doch Kant gab damit eine *ethische* Formel für das Gewissen, noch keine juristische für Gesetzgebung und Recht. Er hatte dies vier Jahre vor der großen Revolution niedergeschrieben. Es war die Lehre vom Menschen als Selbstzweck, daher *Person* genannt.

Diese *Person-Perspektive* verweist auf einen weiteren wesentlichen Faktor in der Formation des universellen Freiheitskonzepts: die *christliche Lehre* der Gottesebenbildlichkeit aller Menschen. Der berühmte und bis ins 19. Jahrhundert als Rechtsquelle vielverbreitete *Rechts-Spiegel der Sassen* hatte um 1230 mit biblischen Argumenten kritisch erklärt:

„nach rechter Wahrheit [hat] Unfreiheit ihren Ursprung in Zwang und Gefangenschaft und unrechter Gewalt, die man seit alters zu unrechter Gewohnheit hat werden lassen“; Gott habe jedoch „den Menschen nach seinem Ebenbild geschaffen“ (*Sachsenspiegel*, Landrecht III 42).

Rousseau und Kant gingen diese Bahn weiter, entscheidend universeller und säkular, auch ohne Gott. Denn Gott wurde nun *säkularisiert*, zu etwas nur, aber immerhin, Denkbarem, wie wiederum Kant präzise schrieb. Gott wurde zu einer Religionsfigur „innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft“ (Kant 1793). Damit setzte sich die menschliche Vernunft auf den Thron in der Schöpfung. Gott und seine Natur wurden nicht mehr als unmittelbar maßgebend gedacht, sondern nur als denkbarerweise maßgebend. „Denn, was meine Freiheit betrifft, so habe ich, selbst in Ansehung der göttlichen, von mir durch bloße Vernunft erkennbaren Gesetze, keine Verbindlichkeit, als nur so fern ich dazu selber habe meine Beistimmung geben können“ (Kant 1795/96, BA 22). Praktisch führte das von der christlichen Gottesebenbildlichkeit zur kantischen „Menschheit“ und zur „reinen Menschlichkeit“, wie sie Goethe 1787 nach mehrjährigem Ringen in der Figur der *Iphigenie auf Tauris* vorstellte. „Reine Menschlichkeit“ war ihr Beispiel und ihre Lehre im fremden Tauris, die König Thoas wie Bruder Orest zu erlernen hatten (vgl. Vers 1937, 2144), angeleitet durch die Priesterin und Schwester, um eine friedliche Lösung zu finden (Rasch 1979, 17f.). Der Boden war also bereitet. Schon 14 Jahre nach dem Contrat-Büchlein stand 1776 Rousseaus Programm „frei geboren und bleiben“ in der ersten modernen *vollen Verfassungserklärung* mit den Worten der Präambel:

We declare, „that all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot by any compact deprive or divest their posterity“

– kurz gesagt: Man werde frei geboren, allein *by nature*, und bleibe frei, auch im gesellschaftlichen Status als 'Staat', durch keine Abmachung könne man sich selbst oder seine Nachkommen dessen berauben, so die *Virginia Bill of Rights* als pars pro toto hier für die Neue Welt. Die Neue Welt setzte nun die Rousseausche Forderung des „frei geboren und bleiben“ *rechtlich* um. „Modern“ und „voll“ als Verfassung nennt man gerade diese Einbeziehung von Menschenrechten. Das bedeutete viel, denn solche Rechtstexte gaben unmittelbare, weitgehende Versprechen aller *men* für alle *men*, ja sie konnten in gericht-

liche Kontrolle und vollstreckenden Zwang münden. In der Tat kam gerade dies so viel entscheidende Moment in den USA schon 1803 in Gang durch die heute sog. *judicial control*. Das oberste Gericht hielt sich für berechtigt, alles *law* am 'höheren' Maßstab der Verfassung zu prüfen. So kamen die inzwischen auch deutschen Juristen vertrauten Sätze des berühmten *Chief Justice John Marshall* vom *Vorrang der Verfassung* auch gegenüber dem Souverän zustande, nämlich:

„the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void; and that courts as well as other departments, are bound by that instrument“ (1803, s. Cappelletti 131).

Das war neu und doch nicht neu. Denn es kam darin eine alte europäische Argumentation zum Tragen, lediglich unter den besonderen Rechtsbedingungen der englischen Kolonien, wie Mauro Cappelletti klassisch gezeigt hat: „The American version of judicial review was the logical result of centuries of European thought and colonial experience which had made Western man generally willing to admit the theoretical primacy of certain kinds of law and had made Americans in particular ready to provide a judicial means of enforcing that primacy“ (1989, 120 und ff.). Damit hatte seit 1776 das Freiheitsprogramm erstmals praktisch-juristische, rechtsimmanente Durchsetzungskraft gewonnen.

Wieder nur 13 Jahre später, also 1789, verkündete erneut der erste Artikel einer modernen *Constitution*:

„les hommes naissent et demeurent libre et égaux en droits“ – „Die Menschen sind und bleiben von Geburt an frei und gleich an Rechten“.

Es war die „Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen“, die gleich im ersten Satz so sprach. Die rechtliche Umsetzung des Rousseauschen Programms hatte damit auch im alten Europa begonnen, in Rousseaus Heimat. Der Siegeslauf des Programms stand bevor. Diese Verfassungssätze waren und sind keine Museumssätze. Nicht nur religiös und ethisch, auch juristisch hatte man nun die Ketten energisch abgeworfen. Die Freiheitsphilosophie war Freiheitsrecht geworden.

Eine starke Kritik kam sofort auf und verstummte nie. Sie muß beachtet werden. Im Freiheitsrecht sahen viele eine *neue Tyrannei* heraufziehen, sogar eine doppelte: zum einen die der grenzenlos Starken, zum anderen die der souveränen Mehrheiten. Aber jedenfalls gegen Kants *freiheitlichen Rechtsbegriff* ließ und läßt sich das nicht einwenden. Nicht selten wird nur die *ethische* Imperativ-Formel angeführt, in der die rechtliche äußere Freiheit als Inhalt natürlich keine Rolle spielt. Die rechtliche Freiheit steht den Menschen bei Kant stets nur gemeinsam und zusammen zu, als *gleiche Freiheit*. Auch eine demokratische Mehrheit hat diese gleichen Freiheiten zu achten als gemeinsame Prämisse und Ziel. Von 'grenzenlos' ist keine Rede; entgegen allen interessierten Mythen des 20. Jahrhunderts auch nicht im „formalistischen“ Privatrecht des 19. Jahrhunderts, wie jüngst gezeigt wurde (Hofer 2001; auch Rückert 1997; 2003). In Kants an sich bekanntem Rechtsbegriff wird genau dies oft verkannt. Recht definiert er als den

„Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit vereinigt werden kann.“ (1797, Einl. § B, 33; auch § C).

Diese Definition enthält bekanntlich ein 'formales' Element mit dem Probiertein der Verallgemeinerbarkeit (*allgemeines Gesetz*). Sie enthält aber auch – und das ist entscheidend gegen die schon seit Hegels Naturrechtsaufsatz von 1802/03 so schiefen Rezeptionen bis heute (s. Rückert 1990b, 173) – ein inhaltliches Element, da es sich um ein allgemeines Gesetz *der Freiheit* handeln muß. Gemeinsame Freiheit als Ziel muß gewahrt bleiben. Diese Zielbestimmung ist konstitutiv, denn sie ergibt wesentliche konkrete, schon für damals klare Entscheidungen. Sklaverei z.B. kann als *Maxime* nicht verallgemeinert werden, ohne in Widerspruch mit dem Freiheitsziel zu geraten (Kant 1797, AB 51, 97, 117; auch B 163). Auch Kinder sind „jederzeit frei. Denn frei geboren ist jeder Mensch“ (ebd., AB 118) – ganz in Rousseaus Worten. Vertragspflichten können nicht *per se* gegeben sein, denn dies „würde nicht mit dem Prinzip der Einstimmung meiner Freiheit mit der Willkür von jedermann gemäß, mithin unrecht sein“ (ebd., AB 97). Vertragsbruch kann als *Maxime* nicht verallgemeinert werden,

ohne mit der Ermöglichung von Freiheit in Widerspruch zu geraten. Daß ein Versprechen zu halten ist, diesen „kategorischen Imperativ“, so Kant, „begreift ein jeder von selbst“ (ebd., AB 100). Freie Entfaltung durch Verträge braucht Verlässlichkeit und Vertrauen, Erwartungssicherheit mit Luhmann. Solche Antworten ließen sich bereits im späten 18. Jahrhundert klar aus dem Rechtsbegriff begründen.

Überall wirkt hier das *inhaltliche Postulat* der möglichsten gleichen Freiheit als „allgemeines Prinzip des Rechts“ (Kant 1797, AB 33). Und es wirkt nicht nur starr, freilich auch nicht revolutionär, aber doch dynamisch. Denn hinzu kommt das Prinzip der „permanenten Reform“ (Langer 1986) in diese Richtung, nämlich durch eine rechtliche „Verfassung ..., die ihrer Natur nach ... auf echte Rechtsprinzipien gegründet, beharrlich zum Bessern fortschreiten kann.“ (Kant 1798, A 160; auch 1797, § 52/A 213). Kant liefert also einen Probestein, ein Ziel und einen Modus. Man mag das wie in vielen heutigen Polemiken und sogar manchen Kantianismen anders sehen. Aber man geht dann an den Aussagen der Texte und an Kants Freiheits-Konzept für das Recht vorbei. Von einem bloßen, inhaltlich leeren Formalismus kann jedenfalls keine Rede sein. Und ebenso wenig von einem bloß radikal-liberalen, grenzenlosen Freiheitskult. Man hatte ja die drastischen revolutionären „Geschichtszeichen“, die Guillotine, das „Fest der Vernunft“, das „Fest des höchsten Wesens“ und die Parole „Dem Volk gegenüber Vernunft, den Feinden des Volkes Terror“ (Robespierre 1794), gerade miterlebt.

Das Freiheitsprogramm stand also um 1800 fest und klar in wesentlichen Rechtstexten wie in den philosophischen Begründungen dazu. Aber wie stand es mit der anderen Programmhälfte, der Forderung „und sozial“?

2. Sozial

Fast immer wird gesagt, soziale Forderungen hätten in der Sattelzeit um 1800 nicht auf dem Programm gestanden. Die Texte widerlegen dies. Die Behauptung von der sozialen Vergeßlichkeit im Freiheitsprogramm erweist sich als interessierte Polemik, die *frei* immer schon

gegen *sozial* verorten und ausspielen will. Sie geht Hand in Hand mit der erwähnten Kritik am Freiheitsprogramm. Wird *frei* als grenzenlos frei und bloß formal frei verstanden, so erscheint soziale Vergeßlichkeit als bloße Konsequenz davon. Beides geht fehl.

„Frei und sozial“ wird hier verfolgt, nicht „frei und gleich“, wie in der erwähnten neueren Diskussion (*Freiheit* 2003). Beides ist wichtig und überlappt sich ohnehin, je mehr die Gleichheit auch sozial gefaßt wird, also die Güterebene meint. Mit „frei und sozial“ wird der historische Zugriff jedoch schärfer und konkreter. „*Soziale Freiheit*“ wurde vor 1848 als „wahre Gleichheit“ gefordert. Gemeint ist eine Gleichheit über die 1789 bereits ausgekämpfte Gleichheit vor dem Gesetz oder der Rechte hinaus. So sprechen im deutschen Vormärz vor 1848 die Vordenker der Arbeiterbewegung für *soziale Freiheit* im Sinne einer „radikal sozialen und politischen Emanzipation der arbeitenden Klassen.“ (*Freiheit* 1975, 534f.) Wie stand es also mit der Programmhälfte *sozial* oder soziale Gleichheit?

Rousseau hatte nicht weniger wirksam auch die soziale Botschaft im Programm eröffnet. Schon vor dem *Contrat* war er angetrieben vom Problem der *Ungleichheit* der Güter, dem sozialen Problem par excellence. Darüber hatte er bereits 1755 in seinem *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* geschrieben. Sehr radikal steht da unter anderem:

„Tout ces maux sont le premier effet de la propriété et le cortège inséparable de l'inégalité naissante.“ – „Alle diese Übel [d.h. Verstellung, Laster, Arglist, Mißbrauch, Ehrgeiz, Gewinnsucht] sind die erste Wirkung des Eigentums und die notwendige Begleiterscheinung der entstehenden Ungleichheit.“ (Rousseau 1755/1964, 220f.)

Auch dies war schon 1756 auf deutsch gedruckt worden. Hier geht es Rousseau um die gesellschaftlich-reale Seite der Freiheit, um die *Verteilung* der Güter und Chancen. Ungleiches Eigentum erschien ihm als Kern aller Übel, die als ursprünglich angenommene Gleichheit als Ideal. „Sozialbindung“ des Eigentums heißt unsere Antwort heute. Die Rechtsfigur lebt von Normkomplexen wie *ius eminens* im Ancien régime, der Gemeinwohlenteignung des 19. Jahrhunderts und der Pflichtbindung in der Reichsverfassung 1919 (Art. 154 II: „Eigentum

verpflichtet“) wie im Grundgesetz 1949 (Art. 14 II „Eigentum verpflichtet“). „Sozialisierung“ war eine schärfere, spätere Antwort, vom *Sozialisierungsgesetz* 1919 über die Weimarer Verfassung (Art. 156 „Vergesellschaftung“ in „Gemeineigentum“) bis ins Grundgesetz (Art. 15 „Vergesellschaftung“ in „Gemeineigentum“ oder „Gemeinwirtschaft“). Die soziale Seite war also mitangestoßen.

Auch 1776 in *Virginia* hatte man nicht nur die Freiheit für angeboren erklärt. Man konkretisierte dazu nämlich sofort, frei sein heiße namentlich:

„the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property and pursuing and obtaining happiness and safety.“ (Präambel)

– also nicht nur Freiheit wurde angestrebt, sondern auch Freiheitsgenuß (*enjoyment*) im Sinne von Glück und Sicherheit überhaupt, *pursuit of happiness*. Gewiß, das alles war nicht für Sklaven und Frauen gemeint, darum mußten noch der amerikanische Bürgerkrieg von 1861-65 und schwere Emanzipationskämpfe geführt werden. Aber das Programm war für *all men* in der Welt. Und es zielte auch auf positive Freiheit, auf Lebens- und Vermögensgarantie, und vor allem auf das konkrete Glück der *pursuit of happiness*. Dieses Programm sprach nicht nur von der ersten Freiheit, der als Mensch statt Sklave oder bloßes Standesglied. Es stellte sich nicht nur abweisend gegen die alte, ständisch differenzierende und bevormundende Rechtsordnung oder gegen Mein und Dein als Laster wie Rousseau. Es setzte Freiheit *positiv* in die normative Welt, als konkrete Entfaltung in einer Gesellschaft, also in *sozialer* Fülle, – das ließ sich nicht zurücknehmen, das vergaß sich nicht, auch wenn diese Verheißung so viel schwerer werden sollte als das Abwerfen der Ketten.

Nicht anders dann auch 1789 in *Paris*: Gleich der zweite Satz des schon erwähnten Artikels 1 der *Déclaration* forderte:

„Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.“ – „Soziale Unterschiede dürfen nur im allgemeinen Nutzen begründet sein.“

Negativ versteht sich das schneller: Unterschiede durften nicht mehr als Privilegien bestehen, wie zuvor im Ancien régime. Nur auf den



gemeinsamen Nutzen durften sie gegründet sein, nicht auf einen besonderen. Unterschiede könnten danach aus einem gemeinsamen Bedürfnis wie Verteidigung und Wohlfahrt entspringen, also z.B. als Dienststränge in Militär und Verwaltung, *aber nicht* aus Unterschieden der Geburt wie dem Erbadel, des Berufs wie der Zunftstellung, der Armut als soziale Lage und ähnlichen Gründen. Die Sprengkraft des Satzes geht natürlich sehr weit. Am Ende der *Präambel* haben sich die Franzosen sogar die *bonheur des tous*, das allgemeine Wohl, versprochen. Denn die Rechteerklärung sollte auch bewirken, daß „die Ansprüche der Bürger sich immer auf die Wahrung der Verfassung und das *allgemeine Wohl* richten mögen“ – „au maintien de la constitution et au bonheur de tous“. Gewiß: Das Kriterium *gemeinsamer Nutzen* war nicht übermäßig präzise, als „gemeinschaftliche Glückseligkeit“ war es viel mißbraucht und leicht mißbrauchbar – was vor allem Kant als „Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre“ moniert hatte. In Frankreich tat man sich 1789 ohnehin schwerer mit dem „allgemeinen Glück“ als in Virginia, da auch die Könige es stets versprochen, aber nie eingelöst hatten. Aber dennoch: Man stellte sich auch 1789 dem Problem effektiver Gleichheit und der „bonheur de tous“ im Genuß der neuen Freiheit. Die Menschenrechte wurden auch diesem Ziel gewidmet, nicht nur der Abwehr der Bevormundungen. Auch die bekannten Stichworte *égalité* und mehr noch *fraternité* sagen das positiv. Aber sie waren *sozial* viel undeutlicher als das erwähnte Verbot von Differenzierungen außer bei gemeinsamem Nutzen. Karl Marx nannte die *fraternité* daher „eine bloße Phrase ... eine gemütliche Abstraktion ... eine sentimentale Ausgleichung der sich widersprechenden Klasseninteressen“ (Marx 1850, S. 21). Immerhin: Das Problem war 1789 aufgenommen. Schon die Zeitgenossen bemerkten, es handele sich nun um eine *Revolution sociale* über die politische Revolution hinaus (Koselleck 1969, 79). Auch das vergaß sich nicht. Da es bei *sozial* vor allem um die Rechts-Anteile an den realen Freiheitsgenüssen aus Gütern und Dienstleistungen ging und geht, muß man nun die *ökonomische Grundschrift* des Zeitalters hinzunehmen, um die Konzeption zu würdigen. Im gleichen Jahr 1776 wie die Virginia Bill of Rights war auch Adam Smiths berühmte *An Inquiry into the*

Nature and the Causes of the Wealth of Nations erschienen – wiederum sofort, in Leipzig, ins Deutsche übersetzt. *Wealth of Nations* nennt er sein Problem ganz präzise, nicht *Liberty of Nations*, wie viele mißgeleitet meinen müßten. Smith hatte sein Freiheitsprogramm dezidiert als Wohlfahrtsprogramm vorgeführt, als Weg zum *Wealth*, also Reichtum oder besser Wohlstand, Wohlfahrt. Er hatte ernst genommen, daß Freiheit und Wohlfahrt entscheidende *soziale* Bedeutung haben. Gerade die sog. Armengesetze nannte er „das vielleicht größte Übel in der englischen Wirtschaftsgeschichte“, da sie an den Ort fesselten und so jede Arbeitschance außerhalb verlegten (*Inquiry*, Buch I 10). Smith hatte im schottischen Glasgow auch nicht etwa als Professor für Ökonomie gelehrt, sondern als Professor für Moralphilosophie. *The Theory of Moral Sentiments* war 1759 sein erstes großes und erfolgreiches Hauptwerk. Freiheit und Wohlstand *für alle* gingen bei ihm Hand in Hand – gut 200 Jahre vor Ludwig Erhards Wahlkampfeslogan „Wohlstand für alle“ (1966). Gleichzeitig 1776 wurde übrigens die Wattsche Dampfmaschine erstmals industriell eingesetzt und so die berühmte Arbeitsteilung vorangetrieben. Die Arbeitsteilung war ein Hauptbeispiel und Argument für Smith gewesen – er eröffnete sein Buch sozusagen mit den Stecknadeln (Buch I 1) – und in der Tat ein entscheidender Fortschrittsfaktor für Industrie und Handel und eben Wohlfahrt.

Ganz ähnlich wie Smith hatte sich auch Kant geäußert, als er etwas überraschend mitten in der *Transzendentalen Dialektik* in der *Kritik der reinen Vernunft* 1781 und 1787 (2.A.) bei Gelegenheit der Ideenlehre Platos die „praktische“ Idee der Republik verteidigte und dabei die menschliche *Glückseligkeit* im Ergebnis einbezog. Sie werde in einer

„Verfassung von der größten möglichen Freiheit nach Gesetzen ... schon von selbst folgen“ (A 316, B 373).

Glückseligkeit aus Freiheit also, und insoweit „von selbst“, wie Wohlstand aus Freiheit bei Smith. Kant weiß auch, um welche „natürlichen Zwecke“ es dabei geht:

„Das Volk aber setzt sein Heil zu oberst nicht in der Freiheit, sondern in seinen natürlichen Zwecken, also in diesen drei Stücken: nach dem Tode selig, im Leben unter andern Mitmenschen des Seinen, durch öffentliche Gesetze gesichert, endlich des physischen Genusses des Lebens an sich selbst (d.i. der Gesundheit und langen Lebens) gewärtig zu sein.“ (1798, A 30)

Das genügt ihm aber als Zielbestimmung nicht, denn

„mit Freiheit begabten Wesen genügt nicht der Genuß der Lebensannehmlichkeit, die ihm auch von anderen (und hier von der Regierung) zu Teil werden kann; sondern auf das Prinzip kommt es an, nach welchem es sich solche verschafft.“ (1798, A 147)

Genuß als Gnade würde also das Programm verfehlen. *Sich selbst verschaffen* müssen sich mit *Freiheit begabte Wesen* die Lebensannehmlichkeiten. Soll dies gemeinsam gelingen, bedarf es prinzipieller Regeln, der Freiheitsgesetze. Konkrete Verteilungen würden die Freiheiten ersticken. Aber Wohlfahrt allein ergibt noch kein Prinzip, nachdem Freie handeln könnten:

„Wohlfahrt aber hat kein Prinzip, weder für den, der sie empfängt, noch der sie austeilt (der eine setzt sie hierin, der andere darin); weil es dabei auf das Materiale des Willens ankommt, welches empirisch, und so der Allgemeinheit einer Regel unfähig ist.“ (Kant 1798, A 148)

Die Tücken der Verrechtlichung des sozialen Glücks waren also in aller Klarheit gesehen. Wie sollte es als Regel, in dieser für eine freiheitliche Sollens- und Rechtswelt unverzichtbaren Form, gedacht werden? Kant bietet den Weg über die gemeinsamen Gesetze gleicher rechtlicher Freiheit und vertraut auf dessen soziale Ergiebigkeit. Ein soziales oder ökonomisches Programm für sich hat er nicht ausgeführt, aber nicht aus Mißachtung. Denn ein damals auch sozial ausichtsreicher Weg ist sehr wohl eröffnet und für wichtige Punkte beschritten. Voraussetzungen sozialen Glücks wie Freiheit der Person, des Eigentums, des Vertrags, Gleichheit vor dem Recht, rechtliche Gleichheit der Chancen, waren von ihm wie gezeigt rechtsphilosophisch und rechtspositiv geklärt und real voran gekommen. Kants Altersgenosse Adam Smith (1723), nur ein Jahr älter als Kant (1724), hatte dazu viel Konkretes geliefert. Beide standen in diesem Sinne für

'frei und sozial', auch wenn sie positive Regeln dafür nicht ausgebaut hatten (eindringlich Ludwig 1993).

Die Programme für 'frei und sozial' waren also um 1800 ausgedacht, niedergeschrieben und vielfach schon verbindlich verabredet. *Frei* und *sozial* sahen dabei keineswegs unvereinbar aus, entgegen aller Polemik. Das *erste Freiheitsproblem* war schon mehr oder weniger gelöst, die alten Ketten waren abgeworfen. Das Problem *sozial* erschien als *zweites Freiheitsproblem*, als das des Freiheitsgenusses, der positiven Freiheit. Die Lösungen dafür waren unbestimmter und von Optimismus getragen. Auch erschien die prinzipielle Verknüpfung von 'frei und sozial' noch kaum konkret gelöst und eher nur negativ umgesetzt, etwa gegen Sklaverei, Eigentums-, Vertrags- und Berufsbevormundung.

Vor allem das 19. Jahrhundert wurde das Jahrhundert der Umsetzung und Erprobung des Programms, seiner Bewährung und Bekämpfung, ja, für nicht wenige, des Verrats daran, kurz des Siegeslaufs, der Wetterzeichen und der Rettungsversuche. Was ergeben diese Erfahrungen für das Problem und Programm?

II. Siegeslauf, Wetterzeichen und Rettungsversuche im 19. Jahrhundert

1. Siegeslauf

Der Siegeslauf begann im deutschen Raum mit *drei konkreten Befreiungen*: der Befreiung der Personen, der Befreiung des Eigentums und der Befreiung der Berufe bzw. der Arbeit. Person, Eigentum, Beruf - das war viel, fast das ganze Menschenleben. Spannend klar sprechen die Texte, vom preußischen Martini-Edikt 1807 über die modernen Zivilgesetzbücher in Frankreich 1804 und im Wiener Kaiserreich 1811, beide bis heute in Kraft, und in nicht wenigen Verfassungen.

Das Jahrhundert begann mit der *Befreiung der Personen aus dem Geburtsstand*, ob im Norden, in Preußen, oder im Süden, in den Rheinbundstaaten, ob mit Edikten wie in Preußen oder mit Verfassun-

gen wie im Süden in Bayern und Westfalen im Jahre 1808, also den ersten Verfassungen überhaupt in Deutschland. Besonders prägnant verkündet das preußische Martini-Edikt vom 9. Okt. 1807 die dreifache Befreiung der Person, des Eigentums und der Erwerbsberufe bzw. Arbeit. In seinem § 12 verkündete es den berühmten Satz:

„Nach dem Martini-Tag 1810 [d.i. 9. Oktober] gibt es nur freie Leute“.

Dieser Satz anerkannte die *allgemeine Rechtsfähigkeit* als Person und die Freiheit als Person, und damit für die vielen noch unfreien Untertanen die Freiheit zur selbständigen Arbeit.

Schwieriger lag es mit der Befreiung des Eigentums. § 1 sagte recht umständlich:

„Jeder Einwohner unserer Staaten ist, ohne alle Einschränkungen in Beziehungen auf den Staat, zum eigentümlichen und Pfandbesitz unbeweglicher Grundstücke aller Art berechtigt“.

Und man mußte diesen fundamental neuen Satz erklären:

„Der Edelmann also zum Besitz nicht bloß adeliger, sondern auch unadeliger, bürgerlicher und bäuerlicher Güter aller Art, und der Bürger und Bauer zum Besitz nicht bloß bürgerlicher, bäuerlicher und anderer unadeliger, sondern auch adeliger Grundstücke, ohne daß der eine oder der andere zu irgendeinem Gütererwerbe einer besonderen Erlaubnis bedarf, wengleich nach wie vor jede Besitzveränderung den Behörden angezeigt werden muß ...“ usw.

Das war die *allgemeine Eigentumsfähigkeit der Personen*, nun endlich auch erstreckt auf das Grundeigentum. Dieser erste scharfe Abschied vom ständischen Zeitalter wird leicht vergessen über dem zweiten schwierigen, der bis in die Jahrhundertmitte umkämpft und erst mit der Abschaffung der adeligen Fideikomnisse 1919 und 1939 gänzlich getan war: die Individualisierung der Eigentumsrechte selbst, also die sog. Befreiung des Bodens aus seiner feudalen Teilung unter mehreren Eigentümern statt nur einem. Von den Eigentümern zum Eigentümer ging der Weg, der möglichst vielen erst ihre Eigentumschance eröffnete. § 2 des Edikts schließlich verdeutlicht die Freiheit vom Stand auch in der Erwerbsarbeit, er sagt:

„Jeder Edelmann ist, ohne alle Nachteile seines Standes, befugt, bürgerliche Gewerbe zu treiben; und jeder Bürger oder Bauer ist berechtigt, aus dem Bauer- in den Bürger- und aus dem Bürger- in den Bauerstand zu treten.“

Das waren die *Gewerbefreiheit* und die *Berufsfreiheit*, der für die meisten wichtigste Ausschnitt der allgemeinen Handlungsfreiheit, die als solche noch bis 1949 bei uns nicht garantiert wurde (Rückert 1999a). Für das Gesinde, diesen riesigen ländlichen Stand, stellte man 1810 (am 8.11.) in einer neuen Gesindeordnung den entscheidenden positiven Satz an den Anfang:

„§ 1. Das Verhältnis zwischen Herrschaft und Gesinde gründet sich auf einem Verträge, wodurch der eine Teil zur Leistung gewisser häuslicher oder wirtschaftlicher Dienste auf eine bestimmte Zeit, so wie der andere zu einer dafür zu gebenden bestimmten Belohnung sich verpflichtet.“

Gründet sich auf einem Verträge hieß hier soviel wie 'nur auf Vertrag' – das war eine juristische und reale Revolution – Rousseau hatte sie zuerst verkündet. Der freie Vertrag war also aufgestiegen zur zentralen Rechtsfigur, mit der allein sich rechtlich Freie begegnen konnten, vom Gesinde ganz unten bis hinauf zum Verfassungs-*Contrat social* für alle.

Diese drei Freiheiten – Person, Eigentum, Beruf – setzten auch die beiden berühmtesten *Zivilgesetzbücher der Epoche* nach 1800 generell um, der gerade gefeierte Code civil der Franzosen von 1804, genau 200 Jahre alt, und ebenso das sehr moderne kaiserliche ABGB im alten Österreich von 1811 – beide nicht zufällig immer noch in Geltung. Das preußische ALR von 1794 blieb bekanntlich ianusköpfig rückständig und galt nur bis 1900 auch im Zivilrecht. Daß die Berufsfrage daneben in Gewerbeordnungen u.ä. Ordnungen kanalisiert wurde, die nun als Sonderrecht erschienen, trübte das Bild natürlich, aber noch nicht das Freiheitskonzept. Prinzipielles Privatrecht diente hier als Verfassungsersatz, Verfassung war „privatrechtsakzessorisch“ (D. Grimm 1981, 195, 206).

Auch unser *Bürgerliches Gesetzbuch*, im Kern immer noch von 1900, hält gerade die *drei Freiheiten* dezidiert fest, die nach 1800 erreicht worden waren: in § 1 die allg. Rechtsfähigkeit, in § 305 (jetzt § 311) die allgemeine Vertragsfreiheit, in § 903 die allgemeine Eigentums-

freiheit; es baut sie aus mit der Ehe- und Güterrechtsfreiheit (§§ 1310, 1408), der Testierfreiheit (§ 1937) und der bloßen Freiwilligkeitszurechnung als Verschulden (§ 276). Für Zufallsstörungen haftet man hier prinzipiell nicht (ausf. Rückert 2003a).

Nun am Ende des Jahrhunderts mehrten sich jedoch die Wetterzeichen. Im Angesicht der neuen Probleme baute das BGB sein Privatrecht auch *sozial erheblich* aus, viel weiter als meist gesehen oder in anderen Zivilgesetzbüchern vor 1900. Dies geschah etwa mit Lohnfortzahlung bei Krankheit (§ 616) und bei Betriebsstörungen (§ 615), mit Fürsorgepflichten und -haftungen im Dienstverhältnis (§ 618 f.), mit Kündigungsrecht bei überlangen Dienstverträgen (§ 624), mit dem allgemeinen Schikaneverbot (§ 226), mit der Zinsbegrenzung (§ 247 a.F.), mit der Kontrolle überhöhter Vertragsstrafen (§ 343), mit dem Satz „Kauf bricht nicht Miete“ (§ 571 bzw. 566 n.F.), mit der Begrenzung des Vermieterpfandrechts (§ 559 bzw. 562), auch mit dem selbständigen Ehegatten-erbrecht (§ 1931), mit der Eigenverwaltung ihres Arbeitslohns durch die Ehefrauen (§ 1367 a.F. - damals europaweit progressiv) u.a.m., wie es erst jüngst gründlich wiederentdeckt wurde (Reppen 2001).

Zudem stellte man das Privatrecht in eine sehr *bewußte soziale Arbeitsteilung* mit Spezialrecht wie Abzahlungsgesetz 1894, Arbeiterschutz, Haftpflicht, Sozialversicherung usw. - ebenfalls meist mißkannt, zumal in Weimarer, NS- und nachkriegszeitlichen Würdigungen. Was 1896 mit den größten und keineswegs illusionären Hoffnungen auf freiere und gleichere Verhältnisse als Nährboden dieses Privatrechts begonnen hatte, wurde im autoritären Burgfrieden des 1. Weltkriegs, den sozialen Gruppenkämpfen der Weimarer Zeit und der NS-Volksgemeinschaft zu Grabe getragen. Das Bürgerliche Gesetzbuch für rechtlich gleich Freie wurde darüber zum „Gesetzbuch ohne Chance“ (Rückert 2003b) bis in die 1960er Jahre.

In einem eindrucksvollen Siegeslauf hatte man sich also energisch von den Bevormundungen des Ancien régime befreit. Abgeworfen waren die ständisch-rechtlichen Bindungen der Personen je nach Geburt, die Preistaxen und Abschlußbindungen für die Verträge und das fast unbewegliche geteilte Eigentum im Bodenrecht, wo sich Ober-Eigentümer und nutzender Unter-Eigentümer gegenseitig blockierten.

Ähnliche Eigentumsteilungen brachte dann wieder mit einer gewissen Logik der reale Sozialismus hervor mit der begehrten Datscha auf dem Volkseigentumsboden. Mit den sozialen Elementen im Privatrecht des BGB und mit erheblichem Spezialrecht hatte man reagiert auf schwere Wetterzeichen nach dem ersten Siegeslauf des Programms *frei und sozial*. Welche neuen Probleme stellten die Lösung in Frage?

2. Wetterzeichen

Im Siegeslauf drohte der Pyrrhus-Sieg. Das gerade mit großen Mehrheiten kodifizierte Konzept 'gleiche Freiheit' war um 1900 auch schon schwer angefochten, ja verabschiedet, nicht nur von *Anton Menger*, dem Sozialisten auf dem Katheder, also seinem Lehrstuhl in Wien, und von *Otto Gierke*, dem konservativen Paternalisten in Berlin. Kritisch klagten nun etliche: Das freie Eigentum wirke wie Diebstahl an den Schwachen, der freie Vertrag wie Wucher an den Armen, die freie Arbeit wie Vogelfreiheit für die auf Arbeit Angewiesenen. Rechtlich frei, aber faktisch versklavt – das war in der Tat der Eindruck, den man etwa seit den 1840er Jahren mehr und mehr hatte gewinnen müssen: Exzessive Kinder- und Frauenarbeit, Entlohnung mit schlechten Naturalien statt Geld (sog. Trucksystem), willkürliche Entlassungen, Vertragsbruchstrafen zuhauf, willkürliche Lohnabzüge (z.B. das Waagen-Nullen der Bergleute), unglaublich lange Arbeitszeiten von 15, 16 Stunden und mehr, unglaublich schlechte Wohnungsverhältnisse mit feuchten Einzimmerwohnungen für vielköpfige Familien, eine schlechte Ernährungslage und eine Lebenserwartung um ca. 1870 von ca. 35 Jahren (freilich vor allem wegen der hohen Säuglingssterblichkeit) – das ganze Elend des *Pauperismus* und der *Proletarisierung* lag vor jedermanns Augen in den Städten, aber auch auf dem Lande. Die soziale Bilanz erschien verheerend. Aus dem schönen Freiheitsversprechen war die alles beherrschende „soziale Frage“ geworden. „*Sozial*“ war etwa seit den 1860er Jahren das politische Wort des Tages geworden, und so blieb es bis heute: Soziale Frage, soziale Kultur, soziale Funktion, soziale Macht, soziale Bewegung, soziale Revolution, soziales Königtum, soziale Ethik, Sozialpolitik, Sozialkritik, Sozi-

alversicherung, Sozialreform, Sozialphilosophie, Staatssozialismus, Sozialismus, christlich-sozial, liberal-sozial, sozialliberal, sozialrechtlich, Sozialrecht, Sozialstaat, soziale Gerechtigkeit – so viele neue Sozial-Worte umschwirren uns nun. Der Bereich der „sozialen Frage“ erscheint nun als eigene gesellschaftliche Problemsphäre mit womöglich eigenen Gesetzen (*Sozial* 1995, 1118).

Das Problem 'frei und sozial' schien unlösbar geworden, auch das Freiheitskonzept wankte. Die *Philosophie* hatte es im Ausklang der *Aetas kantiana* nach 1830 überwiegend verabschiedet, wie man an der Kant-Rezeption gut ablesen kann (ausf. Rückert 1991). So viele nicht marginale Namen, so viele Abschiede: der schwierig zweideutige Hegel (1821) ebenso wie der eindeutige Marx (*Manifest* 1848) oder die hegelianischen Michelet (1866) und Lasson (1882), auch der neoaristotelische Trendelenburg (1860, 1868), der mehr psychologische Herbart (1835) und der sozialpsychologische Wundt (1886), auch der lebensphilosophische Simmel (1892) und noch der neukantianische Emil Lask (1905); konkreter *rechtsphilosophisch* gilt Paralleles für die Krause (1828), Ahrens (1846ff.), Geyer (1863), F. Walter (1863), Kirchmann (1869), Zoepfl (1878), Berolzheimer (1904ff.) und Kohler (1909). Die meisten hatten sich etwa nach 1860 ohnehin der *kritischen Erneuerung* der Erkenntnistheorie und Grundbegriffe zugewendet, mit Otto Liebmann im Blick 'zurück zu Kant' (1865), so Cohen (1877, 1904) und von Hartmann (1879), *rechtstheoretisch* etwa A. Merkel (*Allgemeine Rechtslehre* 1874), Bergbohm (*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* 1892), Bierling (*Prinzipienlehre* 1894ff.), Somló (*Allgemeine Grundlehre* 1917) und noch der „sozialrechtlich“ formale Stammler (*Recht und Wirtschaft*, 1895ff.) – überall weitgehend Fehlanzeige für 'frei und sozial', obwohl Cohen versuchte, Kant als „den wahren und wirklichen Urheber des deutschen Sozialismus“ (1896, s. Rückert 1991, 172f.) zu verstehen.

Herausgefordert durch den „ökonomischen Socialismus“ eines Marx und Engels, Lassalle und Rodbertus, diskutierten das Problem nun vor allem *Ökonomen* wie der berühmte 'historische' Roscher (*System* 1854ff.), der kritische H. Oppenheim (*Philosophie des Rechts* 1850, *Manchesterschule* 1872), der liberale Prince-Smith (*Ziel* 1861), der

staatssoziale A. Wagner (*Sociale Frage* 1872, *Volkswirtschaftslehre* 1879ff.), der vermittelnde G. Schmoller (*Grundfragen* 1874, dto. 1898, *Grundriß* 1900ff.) und der liberalere L. Brentano (*Arbeitergilden* 1871f., *Arbeitsverhältnis* 1877) – auch sie meist freiheitskritisch und im übrigen erstaunlich prinzipiell mit Bezug auf das Recht, ein Zusammenhang, der gerade jüngst erst bemerkt und geklärt wurde (Hofer 2001, 74ff., 99).

Was war die Botschaft dieser geschichtlichen Lage für unsere normativen Konzepte? Die ersten Antworten gaben die Zeitgenossen.

3. Rettungsversuche

Die Rettung suchte man in *dreifacher Intervention*, nämlich

1. durch *direkte Intervention* ins Privatrecht mit *Schutzgesetzen* in Form von Sonderrecht, wie zum BGB erwähnt, vom Verbot der Kinderarbeit 1839 bis zur Gewerbeaufsicht 1869 und zum älteren Arbeiterschutz zu Lohn und Zeit und Frauenarbeit, und noch bis zu so vielen neueren Schutzgesetzen besonders zum Arbeitsrecht, etwa zur Arbeitszeit, zum Mutterschutz, zum Ladenschluß (zuerst 1918), zum Nachtbaken (1918), zur Kündigung (1920/23), zum Lohnschutz (1869ff.) und allgemeine Lohnfortzahlung (1969; zuvor BGB 1900 §§ 616, 615 und HGB 1861 Art.60), zum Maschinenschutz, zum Arbeitsstättenchutz, zu den gefährlichen Stoffen und zuletzt (1994) zum Arbeitszeitrecht - Regelung über Regelung erging, vielfach auch europäisch und übernational. Sonderrecht sollte auch die Mieter (1922ff.) und Verbraucher (schon seit dem Abzahlungsgesetz 1894, dann 1977ff.) schützen. War dies in Wahrheit eine lange Verlustliste des Programms?

2. durch *indirekte Intervention mit zwingender Sozialversicherung*, zuerst gegen Arbeitsunfälle 1883, zuletzt auch gegen das schwierig zu kalkulierende Risiko der Arbeitslosigkeit seit 1926. War dies prinzipienstimmig, da es das Privatrecht auf den ersten Blick nicht berührte? Und

3. durch *ordnungspolitische Intervention* in den Arbeitsmarkt durch das *kollektive Arbeitsrecht*, d.h. durch die Erlaubnis zu Koalitionen seit

1869 (teilweise) und zu geregelter Arbeitskampf seit 1918. Die Koalitionsfreiheit wurde vom Straftatbestand zum Grundrecht. Besondere Gruppenfreiheiten wurden wieder geschaffen ganz gegen deren ursprüngliche Abschaffung als freiheitsgefährdend wie bei den Zünften, Ständen usw. Das berühmte Lehrstück der *Loi Le Chapelier* von 1791, die jede Vereinigung als Freiheitsgefährdung verboten hatte (*Simitis* 1989), leuchtete nicht mehr ein. Ließ sich dies prinzipiell verteidigen?

Diese *drei Reaktionen*: schützendes Sonderrecht, zwingende Sozialversicherung und privilegierende Koalitions- und Tariffreiheit, bestimmen bis heute das Feld vornehmlich der Arbeitsbeziehungen, ich nenne nur das Ladenschlußproblem, die Warnstreikproblematik, den Flächentarifvertrag, die Betriebsebene, die Arbeitszeitprobleme, und so weiter. Die Arbeitswelt erscheint in der Tat seit langem für die meisten Menschen entscheidend und daher als *pars pro toto* des Gesamtproblems 'frei und sozial' geeignet. Hier kreuzen sich die maßgebenden Strukturen, also die Fragen der Person und der Rechtsfähigkeit, des Eigentums, des Vermögens, der Lebenszeit und des Lebensstandards, des Ernährungsniveaus, des Familienlebens, der Ausbildung, und so weiter. Über den Genuß der Freiheit und ihre *happiness* wird für die meisten Menschen hier, in der Arbeitswelt, entschieden. Nur wenige sind lachende Erben von wirklichem Besitz.

Weimar und NS-Zeit haben den ungelösten Konflikt dann massiv zugeschärft, teils von links, teils von rechts – bis zur Katastrophe. Im Kernpunkt Arbeitsrecht ging man bis 1932/33 immer mehr zu den Instrumenten Zwangsschlichtung und Zwangsschutz über, nach 1933 stellte man besonders zügig und umfassend alles auf Führer und Gefolgschaft im Betrieb (*Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*, 1934) und Treuhänder außerhalb um – und so auch sonst. Freiheit und sozialer Genuß wurden Parteisache. Beides ging unter in den Schrecken des zweiten Weltkrieges.

III. Prinzipielle Bilanz

Diese Vergewisserung muß genügen als Fundament für die nun entscheidende Frage: Was bedeutet dieser Verlauf *prinzipiell*? Zeigt sich darin ein grandioses, ja schreckliches Scheitern des Programms 'frei und sozial'? Erweist sich beides als unvereinbar? Oder waren nur die Mittel inadäquat? Oder war das Verhältnis von *frei* und *sozial* folgenreich fehlbestimmt oder unterbestimmt?

Diese Frage löst sich nicht „von selbst“ bei rechter höherer Einsicht. Dies hofften und glaubten die Geschichtsmetaphysiker von Platon bis Hegel und Marx, aber auch die großen Juristen Savigny, Puchta, Jhering und Kohler, und leider auch - man muß es sagen, die *strukturell* ebenso gläubigen Hitler und Stalin. Sie opferten im Einvernehmen mit der eingesehenen 'Vorsehung' oder den durchschauten 'Geschichtsgesetzen' die Menschen und die Menschheit in ihnen. Aber die Frage ist deswegen nicht hoffungslos. Zwischen den Illusionen der Metaphysiken und dem Chaos der Fakten trägt unsere oft bewiesene kulturelle Kraft, aus Erfahrungen zu lernen und daraus tragfähige normative Prinzipien zu bilden. In diesem Sinne werde ich nun versuchen, die Probleme und die Lösungsversuche ordnend zu überblicken und im Lichte der Prinzipien zu würdigen.

Offenbar liegen *drei wesentliche rechtliche Probleme* vor. „Frei und sozial“ betraf und betrifft

1. die Personen als Rechtspersonen,
2. den rechtlichen Genuß der Freiheiten und
3. die rechtliche Privilegierung bestimmter Gruppen (etwa im Arbeitskampf) durch 'Freierstellung', –

also die drei Rechtsprobleme Person, Genuß, Gruppe.

Für diese drei Probleme scheinen mir *vier Lösungsversuche* relevant:

1. der kommunistische, real-sozialistische und völkische;
2. der radikal-, 'manchester'- oder anarcho-liberale;

3. der staatssozial bevormundende, und
4. der emanzipatorisch-helfende ohne Bevormundung,

kurz: ein kollektiver, liberaler, staatssozialer und emanzipatorischer Weg.

1. Die kommunistische, real-sozialistische und völkische Lösung

Die erste, also die kommunistische und real-sozialistische, Lösung, gipfelte sofort 1922 im revolutionären sowjetrepublikanischen *Arbeitsgesetzbuch* vom 30. 10 1922. Ganz ohne Ironie hatte man dort festgeschrieben:

„Die freiwillige(!) Begründung von Arbeitsverträgen durch die Bürger der Republik erfolgt ... [mit Ausnahme politischer Fälle nach Art.9] durch die Organe des Volkskommissariats für Arbeit“ (Art.5, aufgehoben 1925; dt. Texte bei Lenin 1962, 633).

„Freiwillig“ hieß hier einfach *durch die Organe* - eine vollständige Sinnverkehrung. Immerhin war das autoritär kollektive Prinzip klar ausgesprochen in dieser Phase des sog. „Kriegskommunismus des Arbeitsrechts“ (*Schott/Maurach* 1929, 302). Man kann zunächst mit guten Gründen sagen, daß diese Volkskommissariatsorgane sich offenbar *nicht als bessere Lösung* bewährt haben, weder faktisch noch normativ. Die prinzipiell unfreien sozialistischen Planwirtschaften führten offensichtlich nicht zu mehr *happiness* für möglichst viele, auch nicht im begünstigteren Kuba. Sie lösten also das zweite, das soziale Freiheitsproblem, schlecht. Sie ermöglichten sogar vielfache Zwangsarbeit, ja wahre Sklaverei – sie fielen also zurück in das erste Problem. Und die Freier-Stellung nur der parteitreuen Gruppen führte zurück in eine Art politische Ständegesellschaft. Das hat sich seit 1989/90 aus den endlich offeneren Archiven des Ostblocks noch bestätigt. Auch zum dritten Problem, dem der Gruppenfreiheiten, fiel man also zurück.

Ähnlich katastrophal endete der Sturm der Konflikte in Sachen „frei und sozial“ im deutschen *nationalen Sozialismus* 1939-1945 in der zynischen Verwendung des Satzes

„Arbeit macht frei“

an den Toren der „Konzentrationslager“ Auschwitz und Dachau. Der Satz zierte den planmäßigen Wiedereintritt des 20. Jahrhunderts in die Zwangsarbeit. Die Ketten unmenschlichster Versklavungen wurden neu geschmiedet. Im übrigen galt auch für die 'normalen' Arbeitsbeziehungen in Deutschland seit 1934, also seit dem *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*, das Führer- und Gefolgschaftsprinzip der nationalsozialistischen Volksgemeinschaft. Vertragsfreiheit, Kündigungsfreiheit und gar Koalitionsfreiheit waren wesentlich eingeschränkt:

„Im Betriebe arbeiten der Unternehmer als Führer des Betriebes, die Angestellten und Arbeiter als Gefolgschaft gemeinsam zur Förderung der Betriebszwecke und zum gemeinen Nutzen von Volk und Staat.“ (1934, § 1)

Die sog. Treuhänder der Arbeit (Gesetz v. 19.5.1933) verwalteten die Restfreiheiten. Im Kampf gegen das „bürgerliche“ subjektive Recht betonte man überall die Pflicht, also die soziale Pflicht vor dem freisetzenden Recht. Die „Rechtsstellung in der Volksgemeinschaft“ war nach dem Volksgesetzbuch-Entwurf von 1942 die erste Rechtsfrage im neuen § 1. Die neue Bindung von Person und Vermögen und Arbeitskraft war vollständig (§ 1 I). Erst als Reflex davon gab Absatz 2 dem Volksgenossen eine Rechtsstellung:

„Dafür sichert ihm die Rechtsordnung seine Rechtsstellung in der Volksgemeinschaft als Ausdruck seiner Persönlichkeit und seiner Verantwortung.“ (§ 1 II)

Die Jhering'sche Erfindung der bloßen Reflexrechte hatte sich hier zum Recht als Pflichtreflex verkehrt.

2. Die radikal-liberale Lösung

Auch die zweite, die radikalliberale, Lösung zeigte wenig vorteilhafte Resultate. Der Verlauf der Lage in Sachen „frei und sozial“ im *westlichen Europa und in den USA* wird zumal in den Analysen der Geschichte, der Sozialgeschichte und der Arbeitsrechtsgeschichte meist als Rückschlagsgeschichte gedeutet. Einige Freiheit und Freiheitsgenuß oder *happiness* gibt man zwar für einige Weltteile zu, aber die meisten Menschen, so sagt man, bekämen inzwischen nur die Brosa-

men von den Tischen der Reichen. Zumal die dritte Welt werde ausgebeutet, die zweite ebenso; und die erste Welt sei reich, aber nicht kraft 'frei und sozial', sondern kraft Ausbeutung der Schwächeren. Zugeschrieben wird dies einer zu radikalen Liberalität – „Turbokapitalismus“ in heutiger Autobesitzer-Diktion. Ein Irrweg also?

Man kann den Verlauf seit der Aufklärung jedoch auch als mehr und mehr *gelungene Problemlösung* für 'frei und sozial' interpretieren, ohne schon in Fortschrittsgeschichte zu verfallen. Gelungen erscheint die Lösung des ersten Freiheitsproblems, der Freiheit der Personen als Personen; auch zum zweiten Problem, dem Freiheitsgenuss, haben wir trotz aller Klagen einen historischen Höchstpunkt erreicht, der auch die Ärmsten gehoben hat, und nicht nur in Europa. Nicht so klar auf gutem Wege erscheint die Freierstellung bestimmter Gruppen. Vor allem aber erkennt man eine Konzeption, wie die Prinzipien *frei* und *sozial* rechtlich und produktiv vereinigt werden können und sollten.

Um dies zu würdigen, müssen die Erfahrungen derjenigen beiden Wege genauer und kritisch überdacht werden, die eine Vermittlung versuchten, also vor allem der erwähnte *staatssoziale* und der *emanzipatorische Weg* bzw. hier der dritte und vierte Lösungsversuch. Die Unterscheidung und Untersuchung dieser beiden Wege erscheint mir ebenso tragfähig wie fundamental. Über der beliebten Suche nach einem sog. dritten Weg wird sie viel zu wenig gewürdigt, ob nun historisch-faktisch, normativ-sozialphilosophisch oder juristisch-dogmatisch.

3. Die staatssoziale und die emanzipatorische Lösung

Im Lichte der prinzipiellen Konzeptionen müssen die drei Probleme und Lösungen überprüft werden: Freiheit der Person als Person, wirklicher Freiheitsgenuss als Person und korporative Sonderfreiheiten.

(1) Freiheit der Personen als Personen

Das Problem der *Befreiung als Person*, dieses historisch und systematisch erste Problem des Frei-und-sozial-Programms war, wie gezeigt, bereits um 1800 gelöst. Die Ketten waren gefallen, der Weg war klar,

trotz aller Rückfälle. Die rechtliche Selbstversklavung durch Selbstverkauf in die Leibeigenschaft war mit den Verfassungssätzen vom *cannot deprive or divest* (Präambel 1776), von der *Inaliénabilité* (Präambel 1789) und *Unveräußerlichkeit* (Art. 1 II GG) verboten und rechtlich unmöglich geworden.

Relativ einfach und klar prinzipiell hatten sich die Menschen von diesen *rechtlichen Hindernissen* befreien können, von den Ketten der Leibeigenschaft und Untertänigkeit, der ständischen Geburtsbindung, den Preistaxen und Abschlußbindungen, den Zunft- und Gewerbebindungen wie in „Schuster bleib' bei deinen Leisten“. Das war das Werk der Revolutionen und Evolutionen von unten und von oben um 1800 und die erste Befreiung im Siegeslauf des 19. Jahrhunderts. Es gelang schon mit freisetzen-den Verboten der rechtlich fixierten Bevormundungen. „Gesetz über die Beseitigung“, so begannen viele der ersten französischen Revolutionsgesetze und nicht nur diese. Man kann die wahre Revolution darin erst ermes-sen, wenn man die mehr als 1000 Jahre davor hinzunimmt. Mehr als 1000 Jahre lang hatte man im alten Europa mit der Rechtsfigur der *commendatio* gelebt, wie sie seit dem 5. Jahrhundert gebräuchlich war: der Schutzunterwerfung. In diesem „Verknechtungsritus“ gab man Freiheit gegen Schutz in einer *familia*, bei einem Lehnsherrn oder Grundherrn. Das war oft die einzige Chance gewesen (*Kommendation* 1978). Nun durfte man sich nicht mehr juristisch zum Objekt machen.

Präziser rechtsdogmatisch ausgedrückt und abgegrenzt klang das 1840 so: Man dürfe sich nur *mit Teilen* seiner Handlungsfreiheit, nicht mit der *ganzen Freiheit*, vertraglich binden – so schon die Kantianer und dann kein Geringerer als der berühmte *Savigny* zur Rechtfertigung der Obligation, also des Versprechensbandes, mit dem man sich selbst potentiellen Zwang auferlegt:

„Soll dieses [d.h. das römische Sklavenverhältnis] nicht seyn, wollen wir uns vielmehr ein besonderes Rechtsverhältnis denken, welches in der Herrschaft über eine fremde Person, ohne Zerstörung ihrer Freyheit, besteht, so daß es dem Eigenthum ähnlich, und doch von ihm verschieden ist, so muß die Herrschaft nicht auf die fremde Person im Ganzen, sondern nur auf eine einzelne Handlung derselben bezogen werden. Diese Handlung wird dann, als aus der Freyheit des Handelnden ausgeschieden, und unserm Willen unterworfen gedacht. Ein solches Verhältniß der Herrschaft über eine einzelne Handlung der fremden Person nennen wir Obligation.“ (System I 1840, 338f.)

Nur eine einzelne Handlung darf zur Disposition gestellt werden, nie die ganze Freiheit. Das „Dienstbotenrecht“ kann daher konsequent „nicht unter die Contracte, sondern [nur] in das Personenrecht aufgenommen werden“ (ebd. 367). Denn es enthielt 1840 nicht reines Privatrecht, sondern wegen der vollen Eingliederung in Familien ein „sittliches Element“ wie das Familienrecht. Dies war ein bleibendes Grundsatzergebnis - auch nachdem das Familienrecht prinzipiell umgestellt wurde auf gleiche Freiheit (dazu D. Schwab 1993). Diese Befreiung aus Schutzunterwerfung, Selbstversklavung, Zwangsarbeit im Lager oder aus allgemeinem Arbeitszwang ist immer noch nicht überflüssig oder gar global gesichert. Aber sie ist doch faktisch sehr vorangekommen, klar gewertet und normativ klar lösbar schon durch Verbote.

(2) *Freiheitsgenuß als Person*

Weit weniger gelöst wurde das Problem *Freiheitsgenuß*. Denn die erste Garantie erwies sich vielfach, wie gezeigt, als eine nur *formale*, wie man sagte, eine bloß rechtliche, aber nicht material faktische. Frei, aber vogelfrei ...

War es wirklich die majestätische Gleichheit des Gesetzes, die es den Armen und den Reichen gleichermaßen freistellte, unter den Seine-Brücken zu schlafen, wie dies Anatole France am Ende des 19. Jahrhunderts in Frankreich einem alten Kommunarden von 1871 berühmt-sarkastisch in den Mund legte (*Le lys rouge*, 1894, chap. VII 1)? Brachten gleiche Freiheits-Gesetze also in Wahrheit schlimme Ungleichheit? Wurden die soziale Freiheit und wahre Gleichheit notwendig verfehlt? Sollte man also – mit Voltaire's Empfehlung – die alten Gesetze widerrufen und verbrennen, um bessere zu machen? Das *zweite Freiheitsproblem* war demnach: Wieviel Freiheit braucht man, um wirklich frei zu sein? In diesem „wirklich“ bei „frei“ liegt das ganze Problem der sozialen Freiheit. Wie war dies zu lösen? Nach Regeln und nicht nur ad hoc? Zwei Beispiele zeigen die Richtung:

– (1) Die sogenannte *Bauernbefreiung* des frühen 19. Jahrhunderts hatte das Problem höchst drängend gestellt. Die Ernährungslage hing davon ab. Wie sollte man als frisch von Dienstlasten und Gutsabgaben

befreiter Bauer nicht nur auf eigene Füße gestellt sein, sondern auch damit laufen können? Man mußte Land bewirtschaften und eventuell kaufen, investieren und Kredit nehmen können. Selbstverständlich hatte der „Staat“ durch oft komplizierte Entschädigungen und Entlastungen geholfen. Er half sogar doppelt: durch Entschädigungen der Grundherren für deren Bodenverlust an die Bauern und durch Entlastungen der Bauern von neuen staatlichen Abgaben, um beide effektiver frei zu machen. Das war die *Mobilisierung* des Bodens, die Befreiung des Eigentums aus seinem Siechtum als „verkümmertes, krüppelhaftes, moralisch und ökonomisch sieches Eigentum“ (Jhering 1866, 213f.). Diese Mobilisierung führte zu einer bemerkenswerten Agrarblüte. Erst so gelang es allmählich, das alte Problem der Hunger- und Agrarkrisen zu lösen und die seit dem 18. Jahrhundert enorm wachsende Bevölkerung überhaupt zu ernähren. Viele hätten sonst nicht überlebt.

Konzeptionell wesentlich in der Linie Rousseaus und Kants war dabei: Die Rechtsgemeinschaft Staat half durch *individuelle* Eigentumszuweisung und individuelle finanzielle Entlastung, also *ohne* Bevormundung. Sie ging den Weg einer *emanzipierenden* Hilfe, nicht den einer staatssozial verordneten Zuteilung von Gütern und Leistungen.

– (2) Schärfer noch vielleicht zeigt ein zweites Beispiel die Möglichkeiten und Lösungen. Die neue proletarische Armut in der *industriellen Arbeit* nach ca. 1860, die die alte pauperistische überholte, forderte erneut und wohl noch dringender Hilfe. Man gewährte zunächst *caritas*, also Hilfe *ohne* ein Recht darauf. Aber solche *caritas* ergab per se kein dauerhaftes rechtliches Lösungsprinzip. Ohne objektiven Rechtszwang außerhalb des Strafrechts und Staatsrechts ließ sich offensichtlich auch unter dem Programm und Prinzip Freiheit nicht auskommen. Wie ließen sich *frei* und *sozial* hier zusammenbringen? Ersichtlich genügte es nicht für wirkliche Freiheit, die alten Ketten zu sprengen. Das Gefängnis der ständisch-feudalen Gesellschaft stand offen, aber das reine Mensch-Sein genügte nicht als Ausrüstung für den freien Gang durchs Leben. Es zeigte sich: Mindestens der Start als Freier unter Freien, die Chance der freien Entfaltung gemäß den eigenen Kräften, mußte jedem, und zwar auch gegen unterdrückende freie Handhabungen des neuen Rechts,

ermöglicht werden, vor allem im Dienst- und Arbeitsrecht. Sonst begünstigte das Freiheitsprinzip bald nur noch einzelne Starke und die ganze Idee wurde unglaublich. In der Tat wurde es im späten 19. Jahrhundert ein geläufiger Vorwurf, der bürgerliche Liberalismus habe seine eigenen, allgemein-menschlichen Ursprünge von 1776 und 1789 verraten - ein bis heute geläufiges Muster (s. etwa *Grimm* 1983, 147). Aus diesem Kontext kritisierte auch der Kommunarde bei Anatole France. In dieser Perspektive übersieht man, was hier nur angedeutet werden kann, durchweg die soziale Brisanz der Reichsverfassung der Paulskirche von 1849 (vgl. *Grimm* 1983, 147).

In der Tat konnte man Jacob Grimms berühmten trotzigsten Antrag für Art. 1 der Grundrechte von 1848/49: „Deutscher Boden duldet keine Knechtschaft“ für erledigt halten. Er mündete in 59 Grundrechtsparagrafen und den viel schärferen § 166: „Jeder Untertänigkeits- und Hörigkeitsverband hört für immer auf.“ Das war ein wesentlicher Teil der negativen Freiheit. Eine lange Debatte zum Recht auf Arbeit führte man dann im Februar 1849 zum Problem gleichmäßiger Besteuerung. Sie war so zu ordnen, daß „die Bevorzugung einzelner Stände und Güter in Staat und Gemeinde aufhört“ (§ 173) - eine europaweit unerhörte soziale Norm. Soziale Grundrechte im heutigen Teilhabe-Sinn wurden freilich nicht verankert, kein Recht auf Arbeit u.ä. Der Grund lag nahe. Denn damit war man in den französischen Nationalwerkstätten nebenan gerade wieder gescheitert, wie man es in Frankfurt im Februar 1849 bereits klar sehen konnte. Aber verankert wurde nach harten Kämpfen eine wieder europaweit vorausseilende Garantie der „Associationsfreiheit“, genannt Vereinsbildung (1849, § 162) – und das hieß nichts anderes als auch gewerbliche Vereinigungsfreiheit, also Koalitionsfreiheit statt -verbote; es ging explizit um „die Fesseln ...“, die das Mittelalter der Arbeit angelegt hat“, um „die Übermacht der Fabrik über das Handwerk“, um ein rechtliches „Mittel“ für die Arbeit, „sich von sich aus zu erheben“ (alles *G. Beseler*). *Association* war das 1848 sehr geläufige Titelwort des französischen Frühsozialisten Louis Blanc in seinem Buch *L' Association du Travail* von 1840. Assoziationsfreiheit gab die Möglichkeit von Gewerkschaftsbildung und kollektiver Verhandlung statt Verboten und Straftatbeständen bis 1916 (*Rückert* 1998,

14f.) – immerhin eine nach wie vor wesentliche Lösung für effektive soziale Emanzipation auf dem Arbeitsmarkt.

Um einen solchen erneuten Rechtszwang in „freie“ Verträge und etwa Eingriffe in die Arbeitsverträge zu begründen, bedurfte es eines Weiterdenkens in Sachen *Freiheit und Zwang*. Bis dahin hatte man beides meist als reine Gegensätze gesehen: entweder frei und *ohne* Zwang oder unfrei und *mit* Zwang. Nun bedurfte es offenbar neuen, zusätzlichen Rechtszangs, um wirklichen Freiheitsgenuß, wahre gleiche Freiheit und damit soziale Freiheit zu ermöglichen. Die sehr vielfältigen Schlechterstellungen durch Verträge ließen sich aber nicht gut einfach verbieten wie Sklaverei oder als rechtswidrig oder sittenwidrig entschärfen, was der Zivilrechtsjurisprudenz vertraut gewesen wäre, siehe §§ 134 und 138 BGB. Denn aus einem nichtigen Vertrag entsprang noch kein besserer mit mehr Freiheitsgenuß. Nur für Extremfälle half das, wie sie etwa das Schikaneverbot und der Wucherparagraph (§§ 126, 138 II BGB) und das erwähnte schützende Sonderrecht aufgriffen. Aber was hatte als extrem zu gelten, wie weit war zu schützen? Gab es dafür eine tragfähige Begründung aus einem Freiheitsprinzip selbst, das einen rechtlich gesicherten sozialen Genuß umfaßte, oder war das Freiheitsprinzip hier gescheitert? Mußte man ein eigenes Schutzprinzip „staatssozial“ oder sonst dagegenstellen und sich mit einem Prinzipien-Ping-Pong am Einzelfall abfinden, den man heute vornehm euphemistisch „Abwägung“ nennt? Oder stand eine „Umwertung der Werte“ (*Nietzsche*, Also sprach Zarathustra, 1883f.) an, eine Prinzipienumkehr?

Die Weimarer Verfassung von 1918/19 versuchte es mit einem *neuen Dualismus*. „Grundrechte und Grundpflichten“ war die sybillinische Überschrift zu einem riesigen Grundrechtsabschnitt. Weimar ging damit erstmals von der bloßen Rechte-Deklaration ab. Juristisch brachte das jedoch eine fatale Unklarheit, weil eine Verhältnisregel zu dieser doppelten Einordnung der Freiheitspositionen als Rechte und als Pflichten fehlte. Wann sollte die Pflichtperspektive gelten, wann die Rechtsperspektive? Der Dualismus gab in Wahrheit gar keine Regel. Nur für Einzelbereiche wie Wehrpflicht u.ä. wurde er konkret geklärt. Im übrigen drohte juristischer Ping-Pong und trat auch ein. So wurde

Vertragsfreiheit in Artikel 152 nur noch „nach Maßgabe der Gesetze“ gewährt und unter die allgemeine Herrschaft von „Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins“ gestellt (Art. 151) – das Prinzip *frei* war an entscheidender Stelle unbestimmt relativiert. Auch die dem 18./19. Jahrhundert so teure „Menschheit“ wird beschworen, aber nun sinnfällig nicht mit ihren Menschenrechten, sondern nur, um „für die gesamte“ arbeitende Klasse der Menschheit ein allgemeines Mindestmaß der sozialen Rechte“ zu versprechen (Art. 162). Die Beispiele zeigen die anders prinzipielle, dualistisch vage Struktur (näher *Rückert* 1999b). Die Frage 'frei und sozial' wurde so im Ergebnis konkreten Kräften überlassen, der Praxis der Exekutive, der Gerichte, der nach Räten und Kartellen korporativ strukturierten Arbeits- und Wirtschaftswelt. Sie geriet damit in wesentlich schwankenderes Fahrwasser als bis dahin. Von prinzipiellen Konzepten wollte man entsprechend immer weniger wissen.

Auch *Theorie und Philosophie* ließen sich nun nach 1918 viel weniger praktisch-philosophisch und sozialphilosophisch ein als die Philosophie der *Aetas kantiana*. Kursorisch nur kann daran erinnert werden, nur um die Hauptperspektive zu stützen. Rechtsphilosophie und -theorie verharteten im alten Konzept 'liberal versus sozial' (wie die Juristen im Privatrecht, etwa Enneccerus), oder in christlich-sozialer Prägung, oder in hier vagen Entwürfen für eine kulturell-humane Rechtsphilosophie (M.E. Mayer) oder für eine hegelianisch-personale (J. Binder, Larenz, Dulceit, Schönfeld), oder eine neukantianisch-soziale mit unklarem Element *frei* (Cohen, Natorp; Stammler; Radbruch). Sozialistische Entwürfe wurden deutlicher vertreten (A. Menger, H. Heller, F. Neumann), mit oder ohne Rechtsstaat (Heller, Neumann) und auch entschieden marxistisch-antiliberal (Horkheimer, Marcuse). Andere betonten ein übergreifend demokratisches Element (Kelsen) oder ein nationales, gar völkisches (C. Schmitt) oder eine wenig bestimmte Integration (Smend) oder allgemeine phänomenologische Grundstrukturen (A. Reinach). Ganz andere Stimmen wie die Wiener Mises, Hayek, Popper oder der Marburger Röpke fanden kaum Beachtung. Erst 1944/45 lösten vor allem Hayeks „The Road to Serfdom“ (1944) und daneben Poppers „The Open Society and its

Enemies“ (1945), ins Deutsche übersetzt 1945 bzw. 1957/58, ein gewisses Aufsehen, aber immer noch nicht eine genauere sozialphilosophische Diskussion um 'frei und sozial' aus.

Dazu war eigentlich längst erkennbar geworden, daß der nötige Rechtszwang zugunsten „wirklicher“ Freiheit zwar nicht mit einem bloßen *Laissez-aller*, aber mit einem *besser justierten* Prinzip Freiheit vereinbar konzipiert werden konnte. Deutliche Begründungen dafür findet man schon bald im 19. Jahrhundert und genau in der sozialkritischen Phase nach ca. 1860. Sie sind allerdings recht verschüttet, weil man sich lange kaum dafür interessiert hat, sondern durchweg versuchte, mit externen Begrenzungen wie Staatsfürsorge, Schutz oder Mißbrauch oder Sozialität, Solidarität, Gemeinwohl, Volkswohl oder ähnlich, die Freiheiten zu begrenzen, statt ihren allgemeinen und individuellen Genuß nach Regeln zu fördern.

4. Ein entscheidender Rechtsgedanke: der vierte Weg

Man kann erkennen, daß folgender Gedanke entscheidend sein muß: Mit dem Programm 'frei und sozial' vereinbar, ja von ihm gefordert, konnte Rechtszwang sein, *wenn und soweit er die fehlenden Freiheitschancen* tatsächlich schuf. Die Voraussetzungen des Gebrauchs und Genusses konnten nach Regeln gesichert werden, ohne schon das Freiheitsfundament durch fixe Verteilungen zu zerstören. Der neue Rechtszwang mußte also in diesem Sinne regel-, ziel- und zweckgebunden begrenzt sein. Die nötige rechtliche Hilfe durfte auf keinen Fall bevormunden und zuteilen, also wieder als unfrei behandeln, sei es auch schützend und letztlich wohlwollend gemeint, wie im Ancien régime und im Staatssozialismus Bismarcks, wie 1922 in der Sowjetunion, 1934 im NS-Arbeitsrecht oder einem objektiv verwaltenden Sozialstaat. Die Hilfe mußte, mit einem Wort, *stets emanzipierend* sein. Sie mußte also Rechte *individuell* nutzbar zuordnen und auf Leistungschancen abstellen, nicht auf Schwäche oder Armut als solche. Ethische Caritas war damit natürlich nicht erübrigt, nur ersetzte sie kein Rechtsprinzip mit Bindung für alle. Das ließe sich wieder bei Rousseau, Smith und Kant verfolgen, aber uns näher und anschauli-

cher liest man es nach ca. 1860, als die Frage im Angesicht der Realitäten gedanklich durchgekämpft wurde.

Radikal informierte und engagierte Sozialphilosophen wie ein *Julius Fröbel*, heute freilich fast unbekannt nicht nur unter Juristen, formulierten schon 1861 ganz klar – Fröbel im Exil in Wien wegen radikaler Beteiligung 1849 in Deutschland –, daß es um eine Überwindung der tatsächlichen Schranken der Freiheiten in Richtung *wirkliche* Freiheiten gehe, gerade auch *durch Recht*. Sprachlich etwas eigenwillig, aber treffend, forderte Fröbel, der Staat müsse aufgefaßt werden als eine (soziale) „Freiheitserwerbungs- und -versicherungsanstalt“, nicht nur als eine (liberale) „Freiheits-Sicherungsanstalt“ oder ein *Nachtwächterstaat*, wie der Sozialist Ferdinand Lassalle dies kurz danach bis heute prägend genannt hatte – freilich am falschen Objekt. Lassalle hatte damit 1862 Humboldts berühmtes Programm in dessen „Ideen über die Grenzen der Wirksamkeit des Staates“ (1791, veröff. 1851) polemisch verzerrt beschrieben und so eine folgenreiche Verständnismine gelegt (*Lassalle* 1862, 42).

Mit der neuen Begründung aus dem *Freiheits-Ziel* wurde dieses selbst zum Angelpunkt der modernen Begrenzungs- und Schutzproblematik. Fröbel formulierte das plastisch so:

„So wird durch die Forderungen der Freiheit, den tatsächlichen Freiheitsschranken gegenüber, der Staat zum Beschützer der Schwachen, zum Vormund der Unmündigen, zum Vertreter der Unfähigen, kurz [er wird] zur allgemeinen Freiheitserwerbungs- und Freiheitsversicherungsanstalt, und die allgemeine Freiheitsökonomie wird sein alles umfassender Wirkungskreis.“ (Fröbel 1861)

Allgemeine Freiheitsökonomie, Freiheitserwerbung nach Freiheitsregeln zu organisieren, dieser Gedanke ergänzte das Programm wesentlich, weg vom „Nachtwächterstaat“, aber nicht zurück zum Bevormundungsstaat, auch nicht im Sinne des Bismarckschen Staatssozialismus, der zur gleichen Zeit konkreter konzipiert wurde.

Damit stellte sich Fröbel den Defiziten und blieb doch in der Begründung aus der Freiheit. „Vormundschaft“, wie Fröbel es nennt, heißt hier gerade nicht Bevormundung, sondern Anleitung zur Selbständigkeit – eine aktuelle Frucht dieser Linie ist z.B. unser Betreuungsgesetz

von 1990, in Kraft 1992, das vor gut zehn Jahren die Vormundschaft über Volljährige im BGB ablöste. Fröbel stand damit in der Rechts- und Sozialphilosophie nicht allein (Rückert 1997, 151ff, 180ff.). Von Staatsrechtlern wird gerne eine ähnliche Äußerung Lorenz von Steins von 1866 in seinem Großwerk *Die Verwaltungslehre* (Teil 2) betont, die freilich viel weniger grundsätzlich nicht die ganze Staatstätigkeit meint, sondern nur eine Grenze für Verwaltungstätigkeit ziehen will. Danach darf nur Selbsttätigkeit „ermöglicht“ werden, und das heiße, „ihr diejenigen Bedingungen geben, welche sie sich selbst nicht schaffen kann“ (von Stein 1866, 59).

Für das Problem Freiheit und Zwang lag in diesen Äußerungen die Erkenntnis, man könne *einzelne* Verbote und Begrenzungen als zwingende Rechtssätze gegen tatsächliche Freiheitsschranken mobilisieren und diese doch auch als Freiheitserweiterungen im *Ganzen* auffassen. Die Erkenntnis entspricht übrigens Savignys erwähntem Gedankengang von 1840 zur Obligation. Einzelbindung versklavt nicht, sondern darf obligieren und eben damit den Freiheitsraum nutzen. Dies half weiter. So ließ sich ein Teil der sozialen Schutzgesetzgebung prinzipiell rechtfertigen als *Fürsorge* in Richtung *frei* und so dieses Problem stimmig lösen. Immer schon hatte es übrigens im Privatrecht diesen emanzipatorischen Gedanken gegeben: Schwache, Unmündige, Unfähige, Getäuschte hatten stets Freiheitsschutz erhalten; er wurde auch nicht immer vom möglichst individuellen Akt her konstruiert, etwa einer Anfechtung oder einem Widerruf. Unverschuldete Unfähigkeit konnte danach auch im Rahmen des Freiheitsprinzips einen gewissen objektiven Schutz als *ultima ratio* beanspruchen.

Aber in dieser Weise durfte man nicht einfach alle sog. Schutzgesetze zu Freiheitsgesetzen deklarieren. Das hätte das Prinzip *ad absurdum* gesprengt. Während Vormundschaft und Vertretung rechtliche Modelle für einige Schutzregeln boten, die die grundsätzliche Freiheit und Chance der Mündel oder der Vertretenen wahrten, war der Schutz der Schwachen überhaupt viel schwieriger abzugrenzen. Besonders die *Vertragsfreiheit* war hier betroffen, also das Gebiet der sozialen und ökonomischen Freiheit, etwa im Abzahlungsrecht, im Mietrecht, im Arbeitsrecht, alles bereits seit gut hundert Jahren bekannte, diskutierte

und gesetzgeberisch erprobte Fragen. Das Abzahlungsgesetz stammt von 1894, der Mieterschutz spätestens von 1919/1922, der Arbeiterschutz spätestens von 1869, 1871, 1890 usw. Durch welches Maß und welche Regel sollten Interventionen hier gebunden sein, um im Prinzip zu bleiben?

Bei den Lösungen, die vom Boden des Freiheitskonzepts argumentierten, kann man auch zu dieser Frage eines Maßes und einer Regel für Interventionen eine fruchtbare, ja *unverzichtbare Unterscheidung* erkennen. Es ist die schon betonte Unterscheidung zwischen *bevorzugender* und *emanzipierender* Hilfe zum volleren Freiheitsgenuss. Hilfe im Rahmen des Freiheitskonzepts muß Hilfe *zur Freiheit* bedeuten. Geholfen werden darf also nur, um frei zu machen, um die Freiheitsbedingungen und -chancen zu verbessern, kurz: um zu emanzipieren. Das bloße Schützen dagegen bleibt zu unbestimmte *caritas*, bleibt heteronom und kuriert dann Symptome und Effekte statt Bedingungen und Chancen. Wichtig dabei wird, daß diese Unterscheidung auf *alle Elemente* einer erwogenen Hilfe bezogen wird, insbesondere das Ob und das Wie. Es genügt nicht, allgemein vom Freiheitsziel zu reden. Das Ob und Wie sahen und sehen bei bloßem Schützen ganz anders aus als bei emanzipierender Hilfe. Es ist gewiß kein Zufall, daß sozial engagierte und informierte Juristen wie Fröbel 1861 oder später auch Lassalle um 1865 oder von Stein 1866 und erst recht sensible Arbeitsrechtler wie Philipp Lotmar um 1890 hier in präziser Schärfe vorausdachten. Vor allem am Wie des helfenden Zwangs kann man danach die kompatiblen und die inkompatiblen Umsetzungen von 'sozial' abgrenzen.

Ein modernes Beispiel verdeutlicht diesen Unterschied beim Stützen: Im *Mietrecht* kann man *objektive und subjektive Förderung* unterscheiden. Objektiv wirken staatlicher Sozialwohnungsbau, Steuervorteile dafür, Zuweisung von Wohnungen an Bedürftige usw. Subjektiv wirkt das Instrument Wohngeld. Es emanzipiert schwache Mieter für die selbständige Teilnahme am freien Markt. Die objektiven Maßnahmen münden in die Sackgasse der Wohnungsverwaltung und Marktreaktion. Die subjektiven Hilfen kombinieren den generell unverzichtbaren Marktvorgang und die individuelle Schwäche pas-

send. Sie emanzipieren so für selbständige Teilnahme am allgemeinen Markt. Das ergibt noch keine Patentlösung für den Wohnungsmarkt, aber die eine positive Freiheitschance für die Individuen.

Theorien und Beispiele legen also *folgende Lösung* nahe: Das Freiheitsprinzip ist positiv zu konkretisieren. Erst mit dem Prinzip der emanzipierenden Hilfe wird dem werdenden sozialen Staat eine unverzichtbare, prinzipielle Fundierung im Prinzip Freiheit selbst gegeben. *Frei* und *sozial* können so produktiv und prinzipiell vereinigt werden. Dies ergibt eine klar abgrenzbare und umsetzbare Richtung und Regel für die soziale Seite der Freiheit. In dieser Weise läßt sich bestimmen, wie Freiheitsgenuss rechtlich gefördert werden kann und darf. Ich möchte diese Lösung auch hier das *Konzept des vierten Weges* nennen (s. Rückert 2003b, 757).

Die notwendige positiv steuernde Regel wäre damit erreicht. Wie verhält sie sich zum Problem der *Grenzen* der Freiheiten?

5. Die Alternativen zum und die Grenzen im Freiheitskonzept

Zum Konzept gleicher Freiheit gehört, daß sie nach allgemeinen Prinzipien organisiert sein muß, nicht nach vorwegfixierten Einzelplänen. Das Ergebnis wird sonst unfrei (weil kein Spielraum bleibt), willkürlich (weil die besonderen Regeln von Fall zu Fall geschaffen werden müssen) und ungleich (weil besondere Regeln besonders behandeln). Wenn eine Rechtskultur prinzipiell sein will, mit dauerhaften allgemeinen Rechtsregeln, und die Freiheits-, Wohlfahrts- und Gerechtigkeits-Vorteile dieser Technik ernten will, wie es besonders die deutsche und kontinentale Rechtskultur seit der Aufklärung in hohem Maße sein wollte, muß sie das Problem der *Prinzipienbegrenzung* und *-kollision* lösen. Denn grenzenlose Prinzipien wie Robinsons Freiheit vor Freitags Ankunft sind juristisch untauglich, da es im Recht nicht um die Konflikte mit uns selbst geht. Und gegensätzliche Prinzipien lösen die erstrebte Rechtssicherheit und -gewißheit in Abwägungen je am Fall auf.

Der vierte Weg enthält auch eine Grenzenlösung. Diese muß sich den *Konkurrenzangeboten* stellen – sie erscheint überlegen. Deutlich un-

genügend oder unbestimmter bleiben, wie schon die berichteten Erfahrungen nahelegen, die anderen Lösungen, seien es *positive* Alternativen oder bloß begrenzend *gedachte*. Drei positive und drei negative Lösungen stehen zur Debatte:

(1) *Die positiven Alternativen: sozial, ergebnisgleich, rechtsgleich.*

Sozial allein ergibt auch heute noch kein Prinzip mit Anfang und Ende. Wer sollte seine konkrete Bedeutung fixieren und wie? Das Maß des gesellschaftlich Gebotenen oder Wünschenswerten schwankt in den Parlamenten so wie im Volk und schon bei den Kaisern und Königen, je nach Angeboten, Nöten, Zeiten und Interessen. Ohne Prinzip und Regeln liefert man die soziale Freiheit und Hilfe aber dem politischen Alltag aus. Das kann Vielen Vorteile bringen - aber eben willkürliche Vorteile ohne Regeln, und stets auf Kosten anderer. Das wird stets willkürlich erscheinen. Gerechte soziale Behandlung muß zunächst Gleichbehandlung sein und würde damit viel undurchschaubarer und eher seltener. Auch politische Demokratie hilft nicht wirklich gegen die Eigenbegünstigung der Mehrheitsgruppen, sondern nur, wenn sehr viel persönliche Redlichkeit und Bescheidenheit hinzukommen. Das ist eher selten der Fall. Möglichst regelfeste Randbedingungen im Rechtssystem braucht auch die ökonomische Wohlfahrt, von der alle gern profitieren. Ebenso ist möglichst gerechte Gleichbehandlung auf Regelbildung angewiesen. Feste soziale Anteile an den gemeinsamen ökonomischen Gewinnen mindern jedenfalls die individuellen Möglichkeiten und Anreize zur freien Entfaltung, von denen alle abhängen. Einkommen und Güter lassen sich wohl auf einem relativen Minimum fixieren, ohne das Freiheitssystem zu sabotieren, da ein Minimum in der Regel noch nicht die wesentlichen Anreize nimmt. Aber darüber hinaus wirken Fixierungen nach allen Erfahrungen schädlich.

Radikal gleich heißt meist: *ergebnisgleiche* Verteilung der Güter und Dienste. Als Regel regelt dies positiv zu viel; es nivelliert und zerstört nach allen Erfahrungen die sozial, ökonomisch, kulturell und über-

haupt notwendigen Freiheitsräume und -anreize, ohne die nichts oder viel weniger zu verteilen ist.

Bloße rechtsgleiche Freiheit gibt nach allen Erfahrungen zu wenig. Gleichheit vor dem Recht ist unverzichtbar. Aber diese oft 'formal' genannte Freiheit und Gleichheit regelt zu wenig und läßt, wie gezeigt, neue Selbstversklavungen und unterdrückende reale Ungleichheiten unberührt. Es muß nicht nur das Dürfen im Recht gleich frei sein, sondern auch ein gewisses Können. Sonst gerät das Freiheitsprogramm zu einem neuen partikularen Feudalprogramm.

Alle Alternativen müßten zudem klären, ob sie das Freiheitsprinzip ersetzen wollen, oder, wenn nein, in welches *rechtliche Verhältnis* die dann zwei Prinzipien zu setzen wären. Denn ein Prinzipienpluralismus ohne Verhältnisregeln bleibt rechtlich offene Bahn, er gibt Rechts-Steine statt Brot. Das wird selten gesehen und noch seltener ernst genommen, wie etwa die Diskussionen und Dogmatisierungsversuche zum sog. Sozialstaatsprinzip recht drastisch zeigen (ausf. Rückert 2006).

(2) Die negativen Lösungen: Freiheit der Anderen, Objektiv, Punktuell

Auch die drei klassischen Begrenzungsversuche befriedigen nicht, da sie das Ziel 'Freiheit nach allgemeinen Regeln' verlieren (vgl. schon Rückert 2003a, 92f.; 2003b, 757). Ein erster Versuch begrenzt die Freiheit nur durch die *Freiheit der Anderen*. *Neminem laedere* heißt das uralte Stichwort. Aber dann wäre Selbstversklavung erlaubt. Auch wäre ein Maß für die Freiheit der Anderen oder die Läsion notwendig. Das Maß *gleiche* Freiheit hilft hier nicht weiter, da es um die Bestimmung des Gleichen selbst geht. Und was Läsion wäre, ließ sich auch noch nie in substantielle Regeln bringen.

Eine *zweiter Versuch* setzt allgemeine „objektive“ Grenzen wie Sittlichkeit, Gemeinwohl, öffentliches Interesse, öffentliches Recht usw. Aber das gibt die Freiheit in die Hände derer, die diese unbestimmten Grenzen ziehen. Daraus werden keine klaren Regeln. Die sog. Schrankentrias (*Rechte anderer, verfassungsmäßige Ordnung, Sittengesetz*), die in Art. 2 GG die erstmals in einer deutschen Verfassung

erreichte allgemeine Handlungsfreiheit begrenzt, ist zur zirkulären Auslegungsschaukel geworden. Allenfalls der Aspekt Ausnahme-Regel selbst kann noch Behauptungslasten steuern. Die Verfassungsgeschichte zeigt diese Schrankenschwierigkeit seit 1776 immer wieder plastisch genug (s. Rückert 1999a).

Ein *dritter Versuch* begnügt sich mit *punktuellen Verboten* bei *Mißständen* wie im Arbeitsrecht, Mietrecht, Verbraucherrecht usw. Dieser Pragmatismus funktioniert leichter und wirkt durchaus sympathisch, zumal in Wohlfahrtszeiten. Aber in der Welt des Rechts darf man ihn nur ausnahmsweise dulden. Er zerstört sonst ihre Regelungsfähigkeit so wie die rein negative Freiheit die gemeinsame Freiheitsfähigkeit zerstört. Denn was *Mißstände* sind und was nicht, läßt sich nicht klar genug bestimmen und daher leicht mißbrauchen. Es fällt in die Hände bestimmter Rechtsbeherrscher. Es gab eine Zeit, in der „einfach“ „Schutz“-Haft verordnet wurde gegen mißfallende Menschen.

(3) *Der vierte Weg*

Auch mein *vierter Weg* führt nicht an den Problemen mit der Wirklichkeit des Prinzips Freiheit vorbei. Er führt aber im Sinne der Prinzipien *frei und sozial* hindurch, indem den Menschen so gegen Hemmnisse geholfen wird, daß sie sich frei bewegen können, kurz mit *emanzipierender Hilfe* und ohne „objektive“ Bevormundung. Helfen heißt hier: „Gib mir nicht den Fisch, sondern lehre mich angeln.“ Diese Lösung bewahrt das Prinzip der gleichen rechtlichen Freiheit und begrenzt es nach vergleichsweise klaren Regeln im Sinne gemeinsamer Freiheit und fairer Freiheitschancen auch für unverschuldet Unfreie. Nur dieser vierte Weg ermöglicht die konsequente Fortsetzung des Programms „frei und sozial“ in immer neuen historischen Umständen. Diese deutlicheren Regeln auch für *sozial* lassen sich also vom Prinzip *frei* selbst her finden. Es kommt dann prozedural und teleologisch auf das möglichst individuelle Agieren-Können an. An den jeweiligen Hemmnissen für das Können ist die Lösung auch vergleichsweise besser faßbar als die unbestimmte Fülle der Schutzanliegen im Namen irgendwelcher Bedürfnisse.

Mit diesem begrenzt erlaubten Zwang, einem Rechtszwang nur zu emanzipierender Hilfe und ohne erneute Bevormundung, war also die notwendige Integration von wahrer, sozialer Gleichheit in die Freiheit als reale Chancengleichheit und gleiche Entfaltungsfreiheit präzise begonnen. Man konnte so im Namen einer *material* verstandenen gemeinsamen *Freiheitsermöglichung* einzelne Freiheiten einschränken und die gemeinsamen Chancen zum Freiheitsgenuss stärken. Man begann zu begreifen, daß nicht irgendeine substantiell fixierte soziale Freiheit das Ziel sein konnte, sondern nur *gemeinsame* Freiheitschancen, daß also das Hauptproblem die *geregelte* Abstimmung der Freiheitgenüsse auf der Basis gemeinsamer Freiheit sein mußte – außer für Robinson auf seiner Insel, bis Freitag kam.

Mit einem weiteren Beispiel: Die Instrumente *objektive Schutzgesetzgebung und Versicherungszwang*, wie sie Bismarck erfand, waren damit konform zum Programm 'frei und sozial' begründbar und deutbar, aber nur in der individuell emanzipierenden Richtung. Konsequenz wurde zur Rentenversicherung vor 1889 erbittert um eine freiheitlich individualistische Struktur gestritten, also konkret etwa um Kapitaldeckungs- oder Umlageprinzip sowie um Rente als subjektives Recht. Erst der Reichstag setzte diese individualistische Struktur gegen Bismarck 1889 durch, mit der Rente als subjektivem öffentlichem Recht – eine so gut wie unbekannte Seite der Sache, die aber strukturell entscheidend war und wurde. Dem „Arbeiter ein *peculium*“ – das wäre Bismarcks Prinzip gewesen, wie er es 1881 im Reichstag verkündet hatte. Was *peculium* meinte, wußte damals jeder einigermaßen gebildete Jurist. Es war das Sondergut des römischen Sklaven, das ihm ein guter Herr gab und das bei einer Freilassung wesentliche Hilfe war. Aber das *peculium* war Gnadensache, der Sklave hatte kein Recht darauf. Der Reichstag hat dagegen ein subjektives Renten-Recht gegeben, das an die individuelle Lage und Leistung anknüpfte (ausf. Rückert 1990a). Das war emanzipierende Hilfe.

Wir haben auch die Gegenprobe zur individualistischen Struktur der Rente: Unter Adenauer, im werdenden Wohlfahrtsstaat, hat man dieses Prinzip zugunsten der sog. dynamischen Rente 1957 verlassen. Diese dynamisch steigende Rente konnte nur aus Steuern statt indivi-

duellen Leistungen bezahlt werden. Die Beiträge wurden dadurch vom ein- und ausbezahlten individuellen Versicherungsbeitrag mehr und mehr zu einem allgemeinen Steuerbeitrag zur Rentenzahlung. Die Sozialsysteme sind damit staatliche Monopolbetriebe zur Erhebung und Verteilung geworden mit allen wohlbekannten Problemen ineffektiver Kostenkontrolle, sachlicher Unbeweglichkeit, Trennung von Inputleistung und Teilhabegenuß, Besitzstandswahrung auch entgegen Leistunganteil und letztlich politisch verwalteter und zugeteilter *happiness* (Hayek 1960/1971, 363). Gewinner und Verlierer werden immer weniger kraft individueller Leistung, sondern kraft Zuteilung ermittelt.

Übrigens kumulieren zudem die Effekte mehrerer ähnlicher Vorgänge – es treten etwa die gegenüber 1900 mit damals 4% heute unvorstellbar hohen allgemeinen Steuerquoten und die ungerechten Effekte der indirekten Steuern (Mehrwertsteuer z.B.) hinzu. Diese Richtung der Interventionen für irgendwie *soziale* Maßnahmen kann man nicht mehr als gleichmäßig emanzipierend deuten. Sie werden also privilegiierend und diskriminierend.

Jedenfalls erscheint das *zweite Freiheitsproblem* lösbar. Eine bessere, also soziale und reale, Freiheit kann nach allgemeinen Regeln bestehen, wenn die effektive individuelle Freisetzung zu einer gleichmäßig fairen Freiheitschance das Ziel und Mittel bleibt: die emanzipierende, nicht bevormundende Hilfe. Das freie Können darf dabei gefördert werden.

Das *Maß dieser Hilfe* kann nicht allgemein fixiert werden. Es hängt von den historisch wechselnden gemeinsamen Wohlfahrtsmöglichkeiten ab. Jede Rechtsgemeinschaft muß sich klar machen und entscheiden, wie hoch sie das gleiche Wohlfahrtsniveau legen kann und will, ohne willkürlich zu benachteiligen.

6. Das Problem der besonderen Gruppenfreiheiten

Dieses *dritte Freiheitsproblem* blieb in meiner bisherigen Bilanz noch beiseite. Hier ging es um die zunehmenden *Gruppenaktivitäten*, um die korporativen Versäulungen auch unserer modernen Gesellschaft-

ten. Zumal sie können die individuellen Freiheiten und ihren Genuss zur Farce machen, freilich sie zugleich umgekehrt auf Kosten anderer erweitern. Wieder ist die Arbeitswelt exemplarisch mit ihren Koalitionen, Tarifverträgen, Mitbestimmungen usw. Diese Mittel können, wie erwähnt, gerechtfertigt sein als ausgleichende Mittel auf einem *durchschnittlich* zu ungleichen Markt, der individuell nicht durchbrochen werden kann. Sie sind dann gerechtfertigt als Koalitionen gegen Koalitionen, als die *allgemeine Freiheit* in dieser Lage fördernde Mittel, aber nicht als Zweck an sich. 1791 in Frankreich fürchtete man die Arbeiterkoalitionen mit Recht noch als eine Wiederkehr der Zünfte und verbot sie striktest in der berühmten *Loi Le Chapelier*. In dem Maße aber, wie die Arbeitsmärkte sich korporativ und kartelliert neu formierten, konnte und mußte man dieses Verbot modifizieren, um die neue *komparative Organisationsschwäche* der Arbeitnehmerseite auszugleichen, zugunsten jedes einzelnen Organisierten. Tarifverträge kamen passend um 1900 vermehrt auf, und wurden rechtlich verteidigt, teils sogar normiert (*Schweizer Obligationenrecht* 1911, Art. 322 f.), um solche generellen Freiheitsnachteile am Arbeitsmarkt zu kompensieren. Die Verhandlungsmacht der Arbeitgeber war in der Regel größer, weil weniger zersplittert, leichter zu organisieren, ökonomisch dauerhafter gestützt, besser informiert usw. Tarifverträge verbesserten als kollektive Verträge die Verhandlungsposition der Arbeitnehmer erheblich und schufen eine Art *Waffengleichheit*, zumal mit der Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung seit 1918. Das war damals *emanzipierende Hilfe*, die an die Marktnachteile der einzelnen Arbeitnehmer anknüpfte, ihren Koalitionswillen, ihr rechtliches Können verbesserte und wahrte und die Einzelnen als letztlich nur „vertreten“ ansah. Auch Koalitionsrecht und Tarifvertrag als *Instrument* eines Arbeitsrechtssystems können und müssen in der Linie des Programms *frei und sozial* gedacht werden und ihr adäquat bleiben. Denn es handelt sich um Mittel, nicht um Selbstzwecke und nicht um Gruppenautonomie um der Gruppe willen. Reine Gruppenprivilegien duldet das Prinzip gleicher Freiheit nicht. Solche Autonomie führt in aller Regel zu Selbstbegünstigung zu Lasten der anderen. Mit der Allgemeinverbindlicherklärung, seit 1918, und dem Flächentarifzwang wie

heute, geht man tendenziell weiter und bevormundet die Teilnehmer am Arbeitsmarkt einseitig, da durchaus ernsthaft gewollte Verträge diskriminiert werden über den Vertretungsgedanken hinaus. Die Formel „Von der Privatautonomie zur Sozialautonomie“, die in den 70er Jahren bisweilen unserem Privatrecht empfohlen wurde, verkennt die längst versammelten Erfahrungen und die Gefahren eines solchen Prinzipienwechsels.

7. Der vierte Weg und die happiness

Die Konzeption eines vierten Weges verbindet *frei* und *sozial* deziert. Es wurden geschichtliche Indizien benannt, die das Konzept auch als tragfähig für reale *happiness* erscheinen lassen. Darüber hinaus verdient ein Langzeitbefund Beachtung, den die Historiker wie die Philosophen erstaunlich vernachlässigen – als ob die konkrete *happiness* dann doch nicht so wichtig wäre. Für den Langzeitbefund genügen Dimensionen. Der Befund ist evident; ich habe ihn anderenorts näher belegt (Rückert 2003b, 759). Der große Sprung geschah nach 1948/49 bis ca. 1960. Man könnte einzelne *Indizien für positive Entfaltungsfreiheiten* zusammenstellen wie die Existenzminimumgrenze, die Pfändungsgrenzen, das Pro-Kopf-Einkommen, die Reallöhne, die Wohlstandskörbe, den Lebensstilwandel, die Arbeitszeitanteile, die Urlaubs- und Freizeit, das Bildungsniveau und die Lebenserwartung. Hinzukommen könnten *Indizien für effektive Gleichheiten* wie Vermögens- und Einkommensverteilung, Arbeitslosigkeitsquote, Sozialhilfeempfängerquote, Armutsgruppen, Ausgrenzungen u.a.m. 1950-1969 kam es sogar zu einer gewissen Egalisierung durch breitere Streuung des privaten Gesamtvermögens, während zugleich die Einkommensunterschiede vor 1977 zunahmen, aber auf ganz neuen hohem Niveau. Die Datenlage dazu ist nicht immer einfach. Aber hier genügt ein Blick auf die Dimensionen. Denn sie zeigen überdeutlich eine unglaublich positive Entwicklung nach ca. 1950 – das bekannte Wirtschaftswunder, besser: Wohlfahrtswunder. Diese Zeit brachte Gesellschaft und Ökonomie in Westdeutschland in eine *nie dagewesene Wohlfahrt*. Konkret hieß das: ein um das Drei- bis Vierfache besse-

res Einkommensniveau (Volkseinkommen, Reallöhne, Pfändungsgrenzen), eine neue Freizeitdimension (Lebensarbeitszeit 1900: 25%, 1990: 10%), eine enorm höhere Lebenserwartung von 63 und 74 Jahren 1970 statt 1901 noch 45 bzw. 48, viel bessere Bildungschancen (Volksschule 1950 80%, 1990 31%), eine gleichere personale und funktionale Einkommensverteilung, sowie ein erheblicher Vermögenszuwachs (*Pierenkemper* 1996, 272f., 277; *Borchardt* u.a. 2004) u.a.m. Die Ungleichheit hatte also abgenommen und begann als neue Ungleichheit auf einem viel höheren Niveau – siehe die Vermögensverteilung bis 1950, die Arbeitslosigkeit bis ca. 1980 unter 1%, 1960-74 sogar bei 0,4%, den sehr niedrigen Anteil der Sozialhilfeempfänger. Bis in die 60er Jahre stand es mit den realen Freiheiten und Gleichheiten jedenfalls viel besser als je – und dies in einer nie bekannten Dimension.

Es wäre voreilig, diese Gewinne gerade nur dem Konzept 'frei und sozial' zuschreiben zu wollen. Faktorengewichtete Untersuchungen dazu fehlen, zumal schon die Fragestellung kaum einmal präzise gefaßt wird und der Faktor Recht, auf den es hier einmal ankäme, kein bei Historikern sehr beliebtes Sujet darstellt. Seit rund 20 Jahren gibt es eine Art „Wirtschaftshistorikerstreit“ zum „Wirtschaftswunder“ (dazu *Morsey* 2000, 158-160). Für Deutschland paßt diese Gewinnphase jedenfalls zu der gleichzeitig seit 1948/49 ganz neuen rechtlichen Struktur, der neuen Zweigleisigkeit von wirtschaftsrechtlich-ökonomischer *Freiheit* und daneben verfassungs- und sozialrechtlicher *Sozialität* (*Nörr* 1999). Es spricht viel dafür, daß es sich nicht nur um eine Gleichzeitigkeit handelte, daß nicht externe Faktoren wie Unterstützung (Marshallplan-Mittel) oder zusätzliche Arbeitskräfte aus dem deutschen Osten oder Weltmarktprivilegien dabei überwogen und daß die Ausgangslage nach 1945 zwar besser war, als lange angenommen, aber für sich allein nicht solche Wirkungen tragen konnte. Auch läßt sich die DDR als Gegenprobe anführen.

Vermutlich handelte es sich also wieder um ein „Geschichtszeichen“ (*Kant*). An der „allgemeinen Teilnahme“ als Indiz fehlte es jedenfalls nicht. Die Menschen, die es erlebten, positiv wie negativ, haben es meist so empfunden. Sie haben diese Empfindung auch noch 1989

weitergeben. Daß dieser Prozeß als ein langes *Zwei-Jahrhunderte-Programm* gesehen werden kann, habe ich begründet.

Die geschichtlich-konkrete Würdigung dieser Gewinne wird übrigens leicht unklar und ahistorisch, wenn man *zwei wesentliche Perspektivenänderungen* bei gerade diesen Problemen nicht beachtet: Im 19. Jahrhundert begann man Unterschiede zu sehen und abzulehnen, die zuvor aus ständischer Perspektive als 'natürlich' erschienen waren. Die reale Abhängigkeit von Hausgesinde, Arbeitern und so vielen rückte in das scharfe Licht der überall versprochenen *gleichen Freiheit* und erschien nun als so abnorm und ungerecht wie die alten Bevormundungen – obwohl man generell viel freier war. Ebenso erschienen die massiven, 'lebenslänglichen' *sozialen* Unterschiede der ständischen Gesellschaft im immer schärferen Licht der Gleichheits- und *happiness*-Versprechen immer weniger natürlich und gerecht – obwohl man generell auch sozial viel besser stand. Die Wertungsrahmen sind also viel strenger geworden, die Verhältnisse aber zugleich viel besser.

IV. Ergebnisse und Aussichten

Damit kann ich meinen Versuch, mit den geschichtlichen Erfahrungen in der einen Hand und zwei philosophischen Prinzipienbegriffen in der anderen Hand, also in Anspielung auf Kants Zweihändigkeit der Vernunftmethode (*Kant* 1787, B XIV), 'frei und sozial' als rechtliche Prinzipien zu fassen, zusammenführen:

1. Die Geschichte des Problems und Programms 'frei und sozial' kann und darf anders geschrieben werden. *Sozial* war schon bei Rousseau nicht vergessen worden. Eine Niedergangsgeschichte liegt darin nicht.
2. Man lernte vielmehr nach 1800, die neuen Freiheits- und Sozialprobleme prinzipientreu zu lösen. Immer wieder erwies sich der Aspekt *frei* als unverzichtbar, von der rein politischen Geschichte des Frei- und Unfrei-Seins als Untertan, Staatsbürger und Teil des Souveräns ganz zu schweigen.

3. Auch zum Aspekt *sozial* lernte man, faire und kompatible Regeln zu finden. Sie gingen hinaus über gute Moral und Nächstenliebe wie bei der *caritas*; gaben nicht nur Schutz als solchen wie bei der zuteilenden Bevormundung so vieler bis heute realer Systeme; sie richteten sich nicht nur gegen Freiheitsmißbräuche und beschnitten die Freiheiten nicht einfach objektiv durch *Staatsfürsorge*, *Gemeinwohl*, *öffentliches Interesse*, *Sozialität* oder *Solidarität* oder *Sozialstaat* – alles Grenzen, die nie klar in Regeln faßbar waren und schon deswegen die Freiheiten relativierten.

4. Festgehalten zu werden als Leitidee verdient vielmehr die *grundlegende Wertung*. Was erschien in allen diesen sozial unbefriedigenden Verhältnissen eigentlich als unerträglich und schützenswert? Gerade das läßt sich gut im historisch erfahrenen Verlauf verfolgen. Und es gibt, einmal erkannt, Orientierung für das soziale und das kollektive Freiheitsproblem. Es ist die grundlegende Wertung, daß *pursuit of happiness* und *enjoyment of life and liberty*, wie es 1776 heißt, eine ganz *individuelle* Sache sind und sein müssen, wenn nicht das grundlegende Freiheitskonzept gesprengt werden soll. Es dürfen also nur die jeweiligen Bedingungen für positive Freiheit rechtlich erzwungen werden, weil sonst wieder Unfreiheit und Bevormundung entstehen und dominieren. Diese Wertung erlaubt emanzipierende Hilfe für objektiv Schwache und Genussbenachteiligte; sie erlaubt Aushilfe auch durch individuell getragene Gruppenaktivität, aber eben nur Aushilfe, und nur durch eine nicht aufgezwungene Gruppenbildung.

5. Diese Lösung gibt *greifbare* Regeln für den immer neuen Weg zu 'frei und *sozial*' unter immer neuen Bedingungen. Durch Regeln, die in ihrer Allgemeinheit offen sind, aber doch einen Rahmen fixieren, kann sie Privilegierungen vermeiden, die Freiheiten wahren und sie doch als gemeinsame kanalisieren. Die Lösung operiert nicht substantiell, sondern *regulativ* (mit *Kant*) – heute versucht man es mit *prozedural*; damit geht jedoch die notwendige Zielorientierung leicht verloren. Das Freiheitsverfahren muß auch ein Ziel haben. Substantielle Festlegungen auf *bestimmte* „Teilhabegerechtigkeiten“, wie eine plastische Prägung lautet (*M. Köhler* 1999), erscheinen angesichts der schnellen Veränderungen der Freiheitschancen, die wir erleben, als

wenig aussichtsreich. Selbst menschenwürdige Existenz, Mindestlöhne, Pfändungsgrenzen und ähnlich Fundamentales sind historische, nicht ewige Errungenschaften. Normativ kann man sie natürlich immer anmahnen, auch garantieren. Aber man muß sie auch immer neu erwerben, um sie zu besitzen.

6. Jede Zeit muß daher das *Maß der konkreten Wohlfahrt*, der Sozialität und Genußchancen, das sie geben will und kann, selbst klären. Denn das Programm 'frei und sozial' gibt noch keine Regel für das Niveau der realen Freiheitschancen und -genüsse, das eine Gesellschaft sich leisten kann und will. *Ob* es emanzipierender Hilfe bedarf und *ob* sie gerechterweise zu gewähren ist, muß jede Gesellschaft im Rahmen ihres Wohlfahrtsniveaus und ihrer Gleichbehandlungsgrundsätze klären. Aber wie groß der Kuchen ist, sagt das Programm nicht. Immerhin gewährleistet das Programm *frei* nach allen Erfahrungen, daß auch der gemeinsame Kuchen größer wird als mit Hilfe anderer Prinzipien. Viele Köche verderben hier einmal nicht den Brei, sondern mehren ihn.

7. Ob das Programm fordern sollte, daß die *Freiheitschancen einschließlich* sozialer Freiheitsgenüsse und *happiness* nicht unschuldig ungleich verteilt werden dürfen, daß also schuldlose Schlechterstellungen ungerecht seien, läßt sich nicht so klar erkennen. *Schuldlose* Freiheitsunfähigkeit löst emanzipierende Hilfe aus und als *ultima ratio* auch Hilfe per se. Aber schuldlose Freiheitsminderungen dürfen nicht per se ausgeglichen werden, da dies auf eine Fixierung bestimmter Genüsse hinausliefe, die das Freiheitsprinzip unterminieren würde. Mindestens müßte die Bestimmung der Gleichheit der Genüsse und Chancen in eine allgemeine Regel gebracht werden und begrenzt sein. Das mündet in die soeben erwähnte Maßbestimmung. Gelingt das nicht, so ist das Freiheitssystem selbst gefährdet. Arm geboren – arm geblieben, das durchgehend zu beheben, liefe hinaus auf erhebliche Verteilungen ohne klare Regeln. Das Prinzip emanzipierender Hilfe weist hier nur den Weg, nicht das Ob.

8. Es ist einzuräumen, daß *soziale Gerechtigkeit* und Freiheitsgenüsse damit *nicht generell* vorweg nach Leistung, Verdienst oder Bedarf verteilt werden, sondern nur partiell nach dem Regel-Maß

einer Zeit und in den Grenzen der Entfaltungschancen aller. Das hat jedoch gute Gründe. Denn alle Kriterien für generelle Verteilung haben sich als so streitträchtig und unbestimmbar erwiesen wie der 'gerechte Lohn' und der 'ungerechte Wucher'. Sie wären nur unter zwei bisher uneinlösbaren bzw. diktatorischen Bedingungen umsetzbar. Man müßte objektiv wissen, wie hoch ein Verdienst ist oder wie notwendig ein Genuß, und man müßte dieses Wissen dann zwangsweise umsetzen. Aber schon die ungelöste Frage des gerechten Lohns zeigt, daß sterbliche Menschen über dieses 'höhere' Wissen nicht verfügen. Und die Umsetzung würde einen hierarchisch-monopolistischen 'gerechten' Verteilungsapparat erfordern, wie ihn uns die Geschichte abschreckend genug gezeigt hat und zeigt. Beides erscheint als unproduktive Sackgasse. Also lieber erst *frei* und dabei *emanzipierend sozial*. Dann wird das altehrwürdige Lohnproblem regulativ lösbar, nach Regeln also, wenn auch ohne fixe Ergebnisgrößen. Dann steigen nach allen Erfahrungen die *happiness*-Chancen am ehesten.

9. Die *happiness*-Chancen sind in nur rund 100 Jahren unglaublich gestiegen, auch im Weltrahmen. Das gehört zu den wichtigen Erfahrungen mit den Problemlösungsversuchen. Der wirklich große Sprung gelang nach 1948/49, als erstmals 'frei' und 'sozial' bei uns klar rechtlich verankert worden waren (*Leitsatzgesetz* 1948, *Grundgesetz* 1949). Das wird plastisch eine „Zweigleisigkeit“ in der Gründung der Republik genannt (Nörr 1999, 84, 107). Man wird in diesem Zusammenstimmen der Prinzipien 'frei und sozial' mit dem großen Wohlstandssprung ein „Geschichtszeichen“ unserer Epoche sehen dürfen.

10. Es geht also um einen *vierten Weg*, den *emanzipatorischen*, neben kommunistischen und real-sozialistischen, radikalliberalen und staatssozialistischen Routen. Bestärkt in dieser Richtung kehrt man inzwischen auch von *Ausflügen zu den Philosophen und Ökonomen* zurück. Die philosophischen Debatten wurden eingangs erwähnt. In der Ökonomie wird in sehr eindringlicher Weise drei neueren *Welfare Philosophies* (konservativ-kommunitaristisch, gesteuert emanzipatorisch, selbstorganisiert liberal) ein *Autonomie-Paradigma* gegenübergestellt. Gedacht ist ein „moralisches Recht auf Bedingungen“, unter

denen sich gemeinsame Freiheit zu entwickeln vermag (*Schefczyk* 2003, 246ff.). Das soll heißen: Umstellung von Subvention auf Investition, insofern Anrechte auf Transfers, substantielle Freiheiten fördern, Sichern der Produktivitätsbedingungen, Geldtransfers vor Sachtransfers, Subjektförderung vor Objektförderung - so einige wesentliche konkrete Stichworte. Sie klingen nach dem hier Gesagten so neu nicht, so fachspezifisch neu sie auch diskutiert und begründet werden. Auch aus der Politikwissenschaft kommen Überlegungen zum „liberalen Wert des Sozialstaates“ und zur „positiven Freiheit“ als Prinzip (*Wimmel* 2003).

11. Meine Botschaft hat bescheideneren Anspruch als die meiste Metaphysik, viel schöner Idealismus, aller wissenschaftliche Sozialismus und andere planungsgewisse Konzepte. Sie lautet am Ende:

— Es muß genügen, unseren Freiheitsbeziehungen eine faire Organisation und laufende Sicherung zu geben. Juristisch bedeutet das ein Zusammenspiel von Privatrecht *und* öffentlichem Recht *unter* diesem *Gesamtziel*. Das klingt nach wenig, folgt aber dem Prinzip Freiheit durch das ganze Recht hindurch. Das Freiheitsprinzip wird als grundlegendes übergreifendes Prinzip verstanden.

— Die damit garantierten Chancen dürfen und müssen die *Individuen* also stets erst *selbst* entfalten.

— Das *Sozialprinzip* knüpft daran an. Freiheit darf nicht verkommen zur Freiheitsunfähigkeit. Zusätzlich erlaubt und nach dem Maß einer Zeit geboten durch gleiches Recht ist *emanzipierende Hilfe*. So darf zu durchschnittlich ähnlicher Selbständigkeit verholfen werden. Wo das Maß dafür liegen soll, muß jede Zeit selbst entscheiden.

— Darüber hinaus rechtlich *zwingende*, darum geht es, soziale *Korrekturen* erlaubt das Programm nicht. Denn mehr würde privilegierend und bevormundend zu Lasten aller wirken. Helfende Bevormundung aber zerstört die Leistungsanreize, den Wohlfahrtsanreiz und die Gleichbehandlung.

So verstanden heißt also die Devise dieses *vierten* Weges tatsächlich „frei und sozial“.

Literatur

- Agreement of the people*, 1647: Das sog. erste Agreement of the People, vom 28. Oktober 1647, in: Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte, hg. von R. Schnur, Darmstadt 1974.
- Borchardt*, K. u.a. 2004: [Zur Geschichte der Einkommensverteilung im 20. Jahrhundert], in: VSWG 91 (2004) 478-498.
- Cappelletti*, M. 1989: The Judicial Process in Comparative Perspective, Oxford 1989.
- Freiheit* 1975: Art. Freiheit, in: Geschichtliche Grundbegriffe, Bd.2, Stuttgart 1975, hier VII 8. (Chr. Dipper).
- Freiheit* 2003: Freiheit, Gleichheit und Autonomie, hg. von H. Pauer-Studer und H. Nagl-Docekal, Wien 2003.
- Fröbel*, J. 1861: Theorie der Politik als Ergebnis einer erneuerten Prüfung demokratischer Lehrmeinungen I, Wien 1861, ND 1975.
- Gleichheit* oder Gerechtigkeit 2000: Texte der neuen Egalitarismuskritik, hg. von A. Krebs, Frankfurt a. M. 2000.
- Grimm*, D. 1981: Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung (1981), in ders.; Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1987, 192-211.
- *ders.* 1983: Die sozialgeschichtliche und verfassungsrechtliche Entwicklung zum Sozialstaat (1983), in ders., Recht und Staat ... (1987), 138-161.
- Hauptwerke* der politischen Theorie, hg. von Th. Stammen, G. Riescher und W. Hofmann, Stuttgart 1997.
- Hayek*, F.A. von 1960: Die Verfassung der Freiheit (1960), dt. Tübingen 1971.
- Hofer*, S. 2001: Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, Tübingen 2001.
- Hugo*, G. 1798: Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts, Berlin 1798.
- Jhering*, R. 1866: Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung II 1, Leipzig 1866.

- Kant*, I. 1783: Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können, Riga 1783.
- *ders.* 1785: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Riga 1785, 2. A. 1786
- *ders.* 1787: Kritik der reinen Vernunft, 2. A. Riga 1787.
- *ders.* 1795/96: Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, Königsberg 1795, 2. A. 1796.
- *ders.* 1797: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 1797, 2. A. 1798.
- *ders.* 1798, Der Streit der Facultäten, Königsberg 1798.
- Klippel*, D. 1976: Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, Paderborn 1976.
- Köhler*, M. 1999: Freiheitliches Rechtsprinzip und Teilhabegerechtigkeit in der modernen Gesellschaft, in: Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit ..., hg. von G. Landwehr, Hamburg 1999, 103-128.
- Kommendation* 1978: Art. Kommendation, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte II, Berlin 1978, 960-963 (B. Diestelkamp).
- Koselleck*, R. 1967: Historia magistra vitae. Über die Auflösung eines Topos im Horizont neuzeitlich bewegter Geschichte (1967), in *ders.*, Vergangene Zukunft, Frankfurt a.M. 1989, 38-66.
- *ders.* 1969: Historische Kriterien des neuzeitlichen Revolutionsbegriffs, in *ders.*, Vergangene Zukunft, 67-86.
- *ders.* 1972: Einleitung, in: Geschichtliche Grundbegriffe, Bd.1, Stuttgart 1972.
- Langer*, C. 1986: Reform nach Prinzipien. Untersuchungen zur politischen Theorie Immanuel Kants, Stuttgart 1986.
- Lassalle*, F. 1862: Über den besonderen Zusammenhang der gegenwärtigen Geschichtsperiode mit der Idee des Arbeiterstandes (Sog. Arbeiterprogramm); Zürich 1862, ND Stuttgart 1963 u.ö.
- Lenin*, W.I. 1962: W.I. Lenin über die Arbeitsgesetzgebung, hg. in dt. Sprache ..., Berlin (Ost) 1962 [mit Arbeitsgesetzbuch 1918 und 1922 im Anhang 609ff.].

- Ludwig*, B. 1993: Kants Verabschiedung der Vertragstheorie - Konsequenzen für eine Theorie sozialer Gerechtigkeit, in: *Jahrbuch für Recht und Ethik* 1 (1993) 221-254.
- Marx*, K. 1850: Die Klassenkämpfe in Frankreich (1850), in: *Marx-Engels-Werke* 7, Berlin (Ost) 1973, 11-107.
- Montesquieu*, Ch. 1754: *De l'Esprit des Lois ...*, hg. von R. Callois, in: *Oeuvres complètes*, Paris Gallimard 1951.
- Morsey*, R. 2000: Die Bundesrepublik Deutschland. Entstehung und Entwicklung bis 1969, 4. A. München 2000.
- Nörr*, K.W. 1999: Die Republik der Wirtschaft. Teil I: Von der Besatzungszeit bis zur Großen Koalition, Tübingen 1999.
- Pierenkemper*, T. 1996: Einkommens- und Vermögensverteilung, in: *Moderne Wirtschaftsgeschichte*. hg. von G. Ambrosius u.a., München 1996, 265-288.
- Radbruch*, G. 1945: Fünf Minuten Rechtsphilosophie, in: *Rhein-Neckar-Zeitung*, Heidelberg 12. Sept. 1945; auch in ders., Gesamtausgabe. *Rechtsphilosophie* III, hg. von W. Hassemer, Heidelberg 1990, 78 f. (mit den Originalpaginierungen).
- Rasch*, W. 1999: Goethes *Iphigenie auf Tauris* als Drama der Autonomie, München 1979.
- Recki*, B. 1999: Vom Nachteil des Nutzens. Wie Kant dem Prinzip der Moral auf die Spur kommt, in: *Aufklärung und Interpretation. Studien zu Kants Philosophie und ihrem Umkreis*, hg. von H.F. Klemme, B. Ludwig, M. Pauen und W. Stark, Würzburg 1999, 57-72.
- Repgen*, T. 2001: Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts, Tübingen 2001.
- Robespierre*, M. 1794: Über die Prinzipien der politischen Moral (Grundsatzrede vom 7.2.1794, *Moniteur* XVIII, 401ff.), in: *Geschichte in Quellen* IV, München 1981, Nr. 363 S. 393.
- Rousseau*, J.J. 1755: *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, hg. von J. Starobinski, in: *Oeuvres complètes* III, Paris Gallimard 1964.

- *ders.* 1755: Schriften zur Kulturkritik. Die zwei Diskurse von 1750 und 1755. Französisch – Deutsch, Hamburg 1964, hier 62 – 268.
- *ders.* 1762: *Du contrat social, ou principes du droit politique*, hg. von R. Derathé, in: *Oeuvres complètes III*, Paris Gallimard 1964.
- Rückert, J. 1990a: Entstehung und Vorläufer der gesetzlichen Rentenversicherung [von 1889], in: *Handbuch der gesetzlichen Rentenversicherung*, hg. von F. Ruland, Neuwied 1990, 1-50.
- *ders.* 1990b: Formalismus und vergleichbare Konzepte im 19. Jahrhundert, in: *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, hg. von R. Schulze, Berlin 1990, 169-174.
- *ders.* 1991: Kant-Rezeption in juristischer und politischer Theorie (Naturrecht, Rechtsphilosophie, Staatslehre, Politik) des 19. Jahrhunderts, in: *John Locke und/and Immanuel Kant. Historische Rezeption und gegenwärtige Relevanz*, hg. von M.P. Thompson, Berlin 1991, 144-215.
- *ders.* 1997: Zur Legitimation der Vertragsfreiheit im 19. Jahrhundert, in: *Naturrecht im 19. Jahrhundert ...*, hg. von Diethelm Klippel, Goldbach 1997, 135-183.
- *ders.* 1998: 150 Jahre Paulskirchenverfassung: Vision und Wirklichkeit, in: *150 Jahre Paulskirchenverfassung - Der lange Weg zum Rechtsstaat*, hg. vom Dt. Richterbund, Frankfurt a.M. 1998, 11-16.
- *ders.* 1999a: Verfassungen und Vertragsfreiheit, in: *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie*, hg. von J.-F. Kervégan und H. Mohnhaupt, Frankfurt a.M. 1999, 165-199.
- *ders.* 1999b: Weimars Verfassung zum Gedenken, in: *Rechtshistorisches Journal* 18 (1999) 215-244.
- *ders.* 2003a: Das BGB und seine Prinzipien: Aufgabe, Lösung, Erfolg, in: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, hg. von M. Schmoeckel, J. Rückert und R. Zimmermann, Bd. 1: Allgemeiner Teil. §§ 1-242, Tübingen 2003, 34-122.
- *ders.* 2003b: Das Bürgerliche Gesetzbuch - ein Gesetzbuch ohne Chance?, in: *Juristenzeitung* 58 (Tübingen 2003) 749-760.

- *ders.* 2006: „Sozialstaatsprinzip“. Neuer Mut in alten Fragen, in: Der Gestaltungsanspruch der Wissenschaft: Gegenstände, Methoden, Ziele – Annäherungen an die Zeit zwischen 1965 und 1985, hg. von K. Acham, K.W. Nörr u. B. Schefold, Stuttgart 2006, 643-717.
- Sachsenspiegel* 1984: Eike von Repgow, Der Sachsenspiegel, hg. von C. Schott, Zürich 1984, 2. A. 1991.
- Savigny*, F.C. von 1840: System des heutigen Römischen Rechts I, Berlin 1840, ND 1981.
- Schefczyk*, M. 2003: Umverteilung als Legitimationsproblem, Freiburg/Br. 2003.
- Schott*, R. 1929: Europäisches Arbeitsvertragsrecht ..., 2. Teil [mit Rußland durch R. Maurach], hg. von R. Schott, Marburg 1929.
- Schwab*, D. 1993: Wertewandel und Familienrecht, Hannover 1993.
- Simitis*, S. 1989: Die Loi Le Chapelier. Bemerkungen zur Geschichte und möglichen Wiederentdeckung des Individuums, in: Kritische Justiz 22 (1988) 157-175.
- Smith*, A. 1776: A Inquiry in to the Nature and the Causes of the Wealth of Nations, dt. Übersetzung von H. Recktenwald, München 1978.
- Sozial* 1995: Sozial; das Soziale, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 9, 1995, Sp. 1113-1121 (Red.).
- Stein*, L. v. 1866: Die Verwaltungslehre, Teil 2: Die Lehre von der Innern Verwaltung, Stuttgart 1866, ND Aalen 1962.
- Wimmel*, A. 2003: Sind sozialpolitische Interventionen aus liberaler Perspektive wertvoll? Thesen zum Spannungsverhältnis von persönlicher Freiheit und sozialer Sicherheit in modernen Wohlfahrtsstaaten, in: Zeitschrift für Politik 50 (2003) 53-73.



Joachim Rückert

- 1945 geb. in Pöttmes/Oberbayern, aufgewachsen in München, ab 1958 in Hannover
- 1964-68 Abitur, Studium der Jurisprudenz, daneben der Geschichte und Philosophie in Berlin (FU), Tübingen und München,
- 1968 Erstes jur. Staatsexamen in München, 1969 Heirat
- 1970 Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer
- 1972 Promotion in München bei Sten Gagnér
- 1973 Zweites jur. Staatsexamen in München
- 1982 Habilitation in München für Bürgerliches Recht, Deutsche Rechtsgeschichte, Neuere Privatrechtsgeschichte und Rechtsphilosophie; Heisenberg-Stipendiat
- 1985-93 o.Prof. für Zivilrecht und Rechtsgeschichte in Hannover
- 1993 Stiftungsprofessur für Juristische Zeitgeschichte in Frankfurt a.M., 1998 o.Prof. für Neuere Rechtsgeschichte, Juristische Zeitgeschichte, Zivilrecht und Rechtsphilosophie; Mitglied des Leitungsgremiums der International Max-Planck-Research-School for Comparative Legal History, der Frankfurter Wissenschaftlichen Gesellschaft, des Arbeitskreises für moderne Sozialgeschichte e.V., des Wiss. Beirats des Fritz-Bauer-Instituts

Buchveröffentlichungen: A.L.Reyschers Leben und Rechtstheorie. 1802-1880, 1974; Betriebliche Arbeiterausschüsse in Deutschland, Großbritannien und Frankreich im späten 19. und frühen 20. Jahrhundert, 1979 (mit W. Friedrich); Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, 1984; Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive, 1988; Philipp Lotmar, Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie, 1992; Beschreibende Bibliographie zur Geschichte des Arbeitsrechts und der Sozialpolitik nach 1945, 1996; Fälle und Fallen in der neueren Methodik des Zivilrechts seit Savigny, 1997 (Hg. und Mitautor); Niedersächsische Juristen (mit J. Vortmann) 2003. *Herausgeber* der Savignyana, *Mithrsg.* der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, des Historisch-Kritischen Kommentars zum BGB (2003ff.), der Fundamenta Juridica (1985ff.), der Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts (1996ff.)

Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie



Platon, Aristoteles und die neoklassische politische Philosophie der Gegenwart

Von Henning Ottmann

2005, Band 33, 47 S., brosch., 18,- €, ISBN 3-8329-1358-0

Die Untersuchung weist die Hauptunterschiede nach, die zwischen den politischen Philosophien des Platon und des Aristoteles bestehen. Der Vergleich dient der Beurteilung der unterschiedlichen Ziele der neo-aristotelischen und neo-platonischen politischen Philosophie der Gegenwart, wie sie mit den Namen Arendt, Sternberger, Ritter, Strauss oder Voegelin verbunden ist.



Wahrheit im Recht

Zu Problematiken und Legitimität einer fragwürdigen Denkform
Von Prof. Dr. Ulfrid Neumann

2004, Band 32, 64 S., brosch., 19,- €, ISBN 3-8329-0910-9

Sollte Wahrheit, wie formuliert worden ist, wirklich die „Erfindung eines Lügners“ sein, so läge auf der Rede von Wahrheit im Recht eine doppelte moralische Hypothek. Die Arbeit versucht, die Frage nach der Berechtigung von Wahrheitsansprüchen im Recht sowohl erkenntnistheoretisch als auch in Hinblick auf ihre praktische Bedeutung zu beantworten. Während die theoretische Analyse die Unhaltbarkeit der Theorie der „einzig richtigen Entscheidung“ (Dworkin) bestätigt, ergibt sich auf der Ebene der Funktionsanalyse ein differenziertes Bild.

Informieren Sie sich im Internet unter
www.nomos.de über die früher erschienenen und
noch verfügbaren Bände dieser Schriftenreihe.



Nomos

Bitte bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder bei: Nomos Verlagsgesellschaft | 76520 Baden-Baden | www.nomos.de

Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie

Der Jurist in der Zeitgeschichte

Von Clemens Jabloner

2004, Band 31, 30 S., brosch., 15,- €,
ISBN 3-8329-0433-6

Die Schrift ist ein Erfahrungsbericht aus der langjährigen Praxis des Autors in der österreichischen Historikerkommission und setzt einen Schwerpunkt auf den Juristen als Akteur der Zeitgeschichte.

Clausewitz' Theorie des Krieges

Von Prof. Dr. Herfried Münkler, Humboldt-Universität Berlin

2003, Band 30, 28 S., brosch., 14,- €,
ISBN 3-8329-0163-9

Clausewitz gehört zu den viel zitierten, aber wenig gelesenen Autoren. Die von ihm geprägte Wendung, der Krieg sei die Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln, wird heute zumeist als Inbegriff des preußisch-deutschen Militarismus verstanden. Die Auseinandersetzung mit Clausewitz und seiner Theorie gilt in der Regel als Beschäftigung mit einer vergangenen Epoche. Der Clausewitzschen Theorie wird jedoch nach wie vor auch analytische Kraft zum Verständnis gegenwärtiger Entwicklungen attestiert.

Rechtsphilosophie unter der Diktatur

Drei Beispiele deutschen Rechtsdenkens
während des Zweiten Weltkriegs

Von Peter Landau

2002, Band 29, 32 S., brosch., 12,- €,
ISBN 3-7890-7723-2

Die Studie vergleicht drei rechtsphilosophisch orientierte Veröffentlichungen bedeutender deutscher Rechtswissenschaftler aus der Zeit des Zweiten Weltkriegs, Franz Wieacker, Carl Schmitt und Erik Wolf. Der Vergleich der Autoren wird unter dem Gesichtspunkt vorgenommen, ob seinerzeit Kritik an der Diktatur mit Maßstäben rechtsphilosophischen Denkens von deutschen Rechtslehrern geäußert wurde.

Die Bedeutung der Rechts- philosophie für das Strafrecht

Von Kristian Kühl

2001, Band 28, 56 S., brosch., 15,- €,
ISBN 3-7890-7267-2

Informieren Sie sich im Internet unter
www.nomos.de über die früher erschienenen und
noch verfügbaren Bände dieser Schriftenreihe.



Nomos

Bitte bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder bei: Nomos Verlagsgesellschaft | 76520 Baden-Baden | www.nomos.de